

**EU-kommisjonens forslag til direktiv om
forbrukerrettigheter**

En sammenligning med norske forbrukervernregler

Kandidatnummer: 618

Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 16671 ord

25.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.1.1	Litt om Norges forpliktelser etter EØS-avtalen	2
1.2	Avgrensning av oppgaven	4
1.3	Rettskilder og metode	4
1.4	Den videre fremstillingen	6
<u>2</u>	<u>EU-KOMMISSJONENS FORSLAG TIL DIREKTIV OM FORBRUKERRETTIGHETER</u>	<u>7</u>
2.1	Formål	7
2.2	Bakgrunn	8
2.3	Virkeområde	10
<u>3</u>	<u>INNFØRINGEN AV EFS RÅSDIREKTIV 93/13/EØF I NORSK RETT</u>	<u>12</u>
<u>4</u>	<u>DIREKTIVFORSLAGETS FORHOLD TIL GJELDENE NORSKE FORBRUKERVERNREGLER</u>	<u>14</u>
4.1	Ufravikelighet	14
4.2	Anvendelsesområdet for kapittel V	14
4.3	Hva er ikke-forhandlede vilkår?	15
4.4	Urimelighetsstandarden	17
4.4.1	De relevante skjønnsmomenter	19

4.4.2	Tidspunktet for urimelighetsvurderingen	20
4.4.3	God tro-vurderingen	21
4.4.4	Mindre strengt urimelighetskriterium i avtaleloven § 36?	25
4.4.5	Urimelighetsstandarden i avtaleloven § 37	27
4.4.6	Implementering av urimelighetsstandarden	27
4.5	Tolkningsregler	29
4.5.1	Fortolkning av avtalevilkår	29
4.5.2	Bevisbyrde	30
4.6	Rettsvirkninger	31
4.6.1	Rettsvirkningene etter direktivforslaget	31
4.6.2	Rettsvirkningene etter avtaleloven § 36	32
4.7	Listene over urimelige kontraktsvilkår	34
4.7.1	Direktiv 93/13	35
4.7.2	Nærmere om direktivforslagets sorte og grå lister	36
4.7.3	Forhold til avtaleloven § 36	37
4.7.4	Følgene for forbrukernes rettsstilling	38
4.8	Krav til utforming av avtalevilkår	39
4.8.1	Klare og forståelige kontraktsvilkår	39
4.8.2	Forbud mot opt-out ordninger	43
4.8.3	Følgene av at kravene i artikkel 31 ikke er oppfylt	43
4.9	Offentligrettslig kontroll med avtalevilkår	45
4.9.1	Anvendelsesområde	46
4.9.2	Urimelighetsstandarden	46
4.9.3	Håndhevelse av urimelige kontraktsvilkår	49
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>57</u>
<u>6</u>	<u>REGISTER</u>	<u>60</u>
6.1	Lovregister:	60
6.2	EU-dokumenter:	61

6.3	Forarbeider:	62
6.4	Domsregister:	62
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I denne avhandlingen vil jeg behandle problemstillingen hvorvidt forbrukernes rettsstilling vil svekkes på grunn av EU-kommisjonens forslag til direktiv om forbrukerrettigheter av 8.10.2008, COM (2008) 614 final (senere kalt direktivforslaget). Forslaget er et forsøk på å forbedre den måten det indre marked fungerer på for både virksomheter og forbrukere, og er hjemlet i EF-traktatens artikkel 95.¹ Artikkel 95 gir hjemmel for direktiver om harmonisering ”av medlemsstatenes lover og forskrifter som gjelder det indre markeds opprettelse og virkemåte”.

Utgangspunktet var at forslaget kunne bli vedtatt før sommeren 2009, men direktivforslaget har imidlertid møtt sterk motstand fra flere av medlemslandene.² Kritikken går ut på at forslaget vil svekke både den nåværende og fremtidig forbrukerbeskyttelse. Samtlige medlemmer i den europeiske sammenslutningen av forbrukerorganisasjoner (BEUC) er motstandere av forslaget.³ Det hevdes at totalharmoniseringen vil innebære at de sterkeste forbrukervernreglene i Europa beskjæres, og det vil føre til mindre fleksibilitet, fordi nasjonale myndigheter fratas muligheten til å raskt tilpasse lovgivningen i henhold til nye produkter og markedsendringer. Lovgivningsmonopolet vil på denne måten legges i hendene på EU-institusjonene, og det kan her gå svært lang tid fra et behov for lovendring viser seg, til en lovendring er på plass.⁴ Det hevdes at problemet med handelen over landegrensene ikke løses ved like regler i landene i EØS-området. Det er mangelen på

¹ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 3.

² Valvik (2009)

³ Forbrukerrådets høringsuttalelse (2009) side 5.

⁴ Forbrukerrådets høringsuttalelse (2009) side 5.

kompetente tvisteløsningsorganer som er den egentlige kjernen i problemet.⁵ Forbrukere i mange av medlemslandene vil miste rettigheter dersom direktivforslaget blir vedtatt. Blant annet vil forbrukerne få kortere reklamasjonsrett i land som Nederland, England, Irland, Skottland, Island, Belgia, Spania, Sverige og Norge. Motstanden har ført til at Kommisjonen har utsatt behandlingen av direktivforslaget.⁶ Når kommisjonen har fremsatt et direktivforslag, er den ikke bundet til det. Etter EFT art 250 annet ledd kan forslaget endres helt fram til rettsakten er vedtatt, slik at en endring av direktivforslaget kan være aktuelt.⁷

Jeg vil i denne avhandlingen forsøke å belyse hvilke konsekvenser en eventuell implementering av direktivforslagets kapittel V, om urimelige kontraktsvilkår, vil få for norske forbrukervernregler. Jeg vil også drøfte hvorvidt forbrukernes rettsstilling vil svekkes dersom direktivforslaget blir vedtatt. Jeg vil se på hvordan rettstilstanden er de lege lata, og de endringer en implementering av direktivforslaget vil medføre i gjeldende norsk rett.

1.1.1 Litt om Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som ble inngått 2. mai 1992 mellom de tre EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein og EU-landene. EØS-avtalen innebærer at EFTA-statene ble en del av EUs indre marked; med felles konkurransevilkår, og med fri flyt av arbeid, tjenester, kapital og varer, jfr. lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr 109 (EØS) art. 1 annet ledd. Inngåelsen av EØS-avtalen har medført at Norge har overtatt en stor del av EU-retten. I direktivforslagets fortale uttales det at: ”Den foreslåede rettsakt er af relevans for EØS og bør derfor omfatte hele EØS-området.” Direktivforslaget omfattes således av EØS-avtalen, og Norge er følgelig forpliktet til å

⁵ Forbruker Europas høringsuttalelse (2009) side 3.

⁶ Valvik (2009)

⁷ EØS-rett (2004) side 174.

gjennomføre direktivforslaget i norsk rett og håndheve det lojalt dersom det blir vedtatt,⁸ jfr. EØS-avtalen artikkel 3.

Norge har gjennom sin inngåelse av EØS-avtalen imidlertid ikke overført formell lovgivningskompetanse, slik at alle beslutninger om en utvidelse av avtalen må fattes ved enstemmighet i EØS-komiteen. Norge kan formelt alltid nekte å innta nye rettsakter i EØS-avtalen, men den reelle muligheten er langt mindre.⁹ Norge må altså enten gjennomføre direktivforslaget i norsk rett, eller legge ned veto i EØS-komiteen, noe som sannsynligvis vil være lite aktuelt.

I norsk rett gjelder det dualistiske prinsipp. Dette innebærer at folkerett som hovedregel ikke er gjeldende rett før den er gjennomført av stortinget. EØS-avtalen har følgelig ikke umiddelbar anvendelighet eller direkte virkning, slik som EU-retten har i EUs medlemsland. I den grad EØS-reglene er gjennomført i norsk rett, kan det imidlertid utledes rettigheter og plikter som private rettssubjekter kan påberope seg for norske domstoler.¹⁰ I plenumsdommen Rt. 2000 side 1811 (Finanger I) var imidlertid faktum at tre direktiver ikke var korrekt gjennomført i norsk rett. Den uriktige gjennomføringen medførte at den skadelidte ikke fikk medhold i sitt krav på erstatning av forsikringsselskapet etter bilansvarsloven §7 tredje ledd litra b. Den skadelidte kunne altså ikke påberope seg rettighetene hun hadde i henhold til direktivene, da direktivene ikke hadde direkte virkning i forhold til private parter. For at forbrukerne skal kunne påberope seg de rettigheter og plikter direktivforslaget innebærer, må altså direktivforslaget være gjennomført i norsk rett. I Rt. 2005 side 1365 (Finanger II) var spørsmålet om staten var erstatningsansvarlig for den uriktige gjennomføringen av EFs motorvogndirektiver som nevnt overfor om Rt. 2000 side 1811. Høyesterett la i plenum til grunn at det fulgte av EØS-avtalen og EØS-loven at staten kunne bli erstatningsansvarlig for uriktig gjennomføring av et direktiv, dersom statens forsømmelse er ”tilstrekkelig kvalifisert”.

⁸ EØS-rett (2004) side 21.

⁹ EØS-rett (2004) side 84 og 85.

¹⁰ EØS-rett (2004) side 85 og 86.

Staten ble på dette grunnlag kjent erstatningsansvarlig for den uriktige gjennomføringen. Norske myndigheter må altså foreta en korrekt gjennomføring av direktivforslaget for at forbrukere og næringsdrivende skal kunne utlede rettigheter og plikter av direktivforslaget, dersom denne gjennomføringen ikke foretas på korrekt måte, vil staten kunne bli erstatningsansvarlig.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Jeg vil kun behandle de materielle spørsmål en eventuell implementering av direktivforslaget reiser. Jeg vil som nevnt tidligere hovedsakelig behandle direktivets del V, om urimelige avtalevilkår. I analysen vil jeg forutsette at det foreligger en gyldig inngått avtale, slik at inngåelse av (standard)avtaler faller utenfor denne fremstillingens tema.

Jeg vil heller ikke ta for meg forslaget forhold til det pågående arbeid med europeisk kontraktsrett, herunder ”acquis principles of existing EU law (ACQP)”, og ”Draft Common frame of Reference (DCFR)”, da dette etter mitt syn ville føre for langt i forhold til avhandlingens tema og problemstilling.

1.3 Rettskilder og metode

Direktiv 93/13 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler er som jeg vil komme nærmere tilbake til i punkt 3, gjennomført i norsk rett gjennom vedtakelsen av avtl. § 37 og en konstatering av rettsharmoni i forhold til dagjeldende mfl. § 9 a og urimelighetsstandarden og skjønnsmomentene i avtl. § 36.¹¹ Dette innebærer at disse bestemmelsene har en annen rettskildestatus enn norsk rett ellers.¹² I forhold til tolkningen av disse bestemmelsene vil det altså ikke bare være de norske rettskildefaktorer og prinsipper som kommer til anvendelse, men også de rettskildefaktorer og rettskildeprinsipper som gjelder i EØS-retten. I Rt. 2000 side 1811 (Finanger I) fant Høyesterett at presumsjonsprinsippet, det vil

¹¹ Jfr. Ot.prp. nr. 89 (1993-1994).

¹² EØS-rett (2004) side 190.

si at norske bestemmelser så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, også gjelder i forhold til EØS-avtalen. Betydningen av at presumsjonsprinsippet kommer til anvendelse, ligger i at innholdet i den EØS-rettslige forpliktelsen vil styre hvilke slutninger vi trekker fra de spesifikt norske rettskildefaktorene.¹³ I forhold til disse bestemmelsene vil dette innebære at dersom en uttalelse i de norske forarbeidene kan tolkes på flere måter, velger vi den tolkning som er i samsvar med det direktiv 93/13 krever, og dersom det ikke er mulig å trekke en slutning av de norske forarbeidene som er i samsvar med hva direktiv 93/13 tillater, vil argumentet tillegges liten vekt.¹⁴

Ut i fra prinsippet om dynamisk ensartethet og homogenitetsmålsetningen som følger av EØS-avtalens artikkel 1 skal den materielle EØS-retten tolkes ensartet med EU-retten. Etter dette prinsippet vil de samme rettskildeprinsipper som anvendes av EF-domstolen for hvilke rettskildefaktorer som anses relevante, og hvordan de skal tolkes og vektlegges komme til anvendelse¹⁵ ved tolkningen av direktivforslaget. Her vil altså de spesifikt norske rettskildefaktorene i det alt vesentlige være uten betydning.¹⁶ De rettskildefaktorene som hovedsakelig vil være relevante for direktivforslagets fortolkning, er artiklenes ordlyd og direktivforslagets fortale ”i den utstrekning de er nødvendige” for en riktig tolkning og anvendelse av direktivforslagets bestemmelser innenfor EØS-avtalens rammer, jfr. EØS-avtalen protokoll 1, pkt. 1. Reelle hensyn, juridisk teori og EF-domstolens praksis vil også være relevant, jfr. EØS-avtalen artikkel 6.

Jeg vil utover disse generelle bemerkninger om rettkildene, også kommentere rettskildefaktorenes relevans og vekt fortløpende i fremstillingen, der dette synes påkrevd.

¹³ EØS-rett (2004) side 242.

¹⁴ EØS-rett (2004) side 242.

¹⁵ EØS-rett (2004) side 156.

¹⁶ EØS-rett (2004) side 202.

Jeg har valgt å hovedsakelig bruke den danske versjonen av direktivforslaget, men jeg vil også anvende den engelske og den svenske versjonen der det er behov for ytterligere avklaring.

1.4 Den videre fremstillingen

Jeg vil først ta for meg innholdet i direktivforslaget i kapittel 2, og litt om hvordan EFs Rådsdirektiv 93/13/EØF som nå regulerer urimelige vilkår i forbrukeravtaler, er innført i norsk rett i kapittel 3. Deretter vil jeg behandle problemstillingen i kapittel 4, som er oppgavens hoveddel. I kapittel 4 vil jeg ta for meg direktivforslagets artikkel 30-38, gjøre rede for rettsstilstanden i Norge, og prøve å belyse hvilke endringer en implementering av direktivet vil føre til i gjeldende rett. Jeg vil også drøfte hvorvidt endringene vil medføre en svekkelse av forbrukernes rettsstilling. Jeg vil særlig legge vekt på de punkter der norsk forbrukerlovgivning ikke er i overensstemmelse med direktivforslaget, slik at det eventuelt vil bli behov for lovendringer. På de områder hvor direktivforslaget ikke vil føre til endring i gjeldende rett, vil jeg foreta en mer skjematisk behandling. I kapittel 5 vil jeg foreta en oppsummering av de viktigste endringene direktivforslaget sannsynligvis vil medføre i norsk rett, og en konklusjon i forhold til problemstillingen.

2 EU-kommisjonens forslag til direktiv om forbrukerrettigheter

EU-kommisjonen fremmet 8. oktober 2008 et forslag til direktiv om forbrukerrettigheter. Direktivforslagets skal sikre et høyt felles forbrukerbeskyttelsesnivå, ved en totalharmonisering av de sentrale delene av forbrukerlovgivningen i fellesskapet.¹⁷ En enhetlig europeisk forbrukerlovgivning vil i følge Kommisjonen være nødvendig for å få gjennomført to av de fire frihetene, nemlig fri bevegelighet av varer og tjenester.¹⁸

2.1 Formål¹⁹

Etter artikkel 1 er direktivforslagets formål å bidra til et velfungerende indre marked og oppnå et høyt forbrukerbeskyttelsesnivå gjennom en innbyrdes tilnærming av visse aspekter ved medlemsstatenes lover og administrative bestemmelser om avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende. For å oppnå dette skal man øke forbrukernes tillit til det indre markedet, og gjøre det lettere for de næringsdrivende å tilby varer og tjenester på tvers av grensene. Dette formålet bør etter Kommisjonens mening realiseres ved å minske oppsplittingen i lovgivningen, stramme den inn, og gi forbrukerne et høyt felles forbrukerbeskyttelsesnivå, med tilstrekkelige opplysninger om hvilke rettigheter de har, og hvordan de kan gjøre rettighetene gjeldende.

Forslaget har til formål å erstatte fire direktiver som omhandler forbrukernes avtalemessige rettigheter: direktiv 85/577/EØF om avtaler som er inngått utenfor fast forretningssted, direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler, direktiv 97/7/EF om avtaler vedrørende fjernsalg, og direktiv 1999/44/EF om forbrukerkjøp og garantier.

¹⁷ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 3.

¹⁸ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 1.

¹⁹ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 1.

Kommisjonen har blitt utsatt for sterk kritikk på grunn forbrukerbeskyttelsesnivået i direktivforslaget. I juridisk teori er det påpekt at direktivforslaget anvender fire direktiver som var myntet på minimumsharmonisering til en totalharmonisering. En konsekvens av dette, er at en gjennomføring sannsynligvis vil medføre en reduksjon av forbrukerbeskyttelsesnivået i mange medlemsland.²⁰ EFTA-landene har også stilt seg kritiske til dette.²¹ Det kan etter mitt syn virke som Kommisjonen i stor grad har latt hensynet til forbrukerne gå på bekostning av gi de næringsdrivende mulighet til å tilby sine varer og tjenester over landegrensene.

2.2 Bakgrunn²²

Bakgrunnen for direktivforslaget er en gjennomgang som er foretatt av den gjeldende forbrukerlovgivningen. Denne gjennomgangen avdekket at lovgivningen i Fellesskapet er meget oppsplittet, noe som medfører betydelige kostnader for næringsdrivende som ønsker å handle på tvers av landegrensene. Grunnen til denne oppsplittingen av lovgivningen er i følge Kommisjonen at de direktiver som er gjeldende på området, inneholder minimumsharmoniseringsbestemmelser. Ved minimumsharmonisering setter direktivet en minstenorm som det nasjonale regelverk må oppfylle. Det ligger da kun en forpliktelse til å oppfylle minstenormen, utover dette regulerer ikke direktivet det aktuelle forholdet. Direktivet hindrer dermed ikke en strengere regulering enn den direktivets minstenorm fastsetter,²³ og dette er en mulighet mange av medlemsstatene har benyttet seg av.

Kommisjonens påstand om at mange virksomheter ikke ønsker å selge til forbrukere på tvers av grensene på grunn av den oppsplittede lovgivningen, har blitt kritisert for å være dårlig underbygget. I juridisk teori er det uttalt at det er svært tvilsomt hvorvidt den grenseoverskridende handelen avhenger av totalharmoniserte regler for forbrukere og

²⁰ Howells (2009) side 319.

²¹ EEA EFTA Comment on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis (2007) side 4.

²² COM (2008) 614 final, fortalens punkt 1.

²³ EØS-rett (2004) side 280.

næringsdrivende.²⁴ På hvilke områder og i hvilken grad mangelen på harmonisering av reglene virkelig er en viktig hindring for grenseoverskridende handel trenger derfor å undersøkes ytterligere.²⁵

Omkostningene næringslivet blir påført for å overholde den oppsplittede lovgivningen, medfører i følge Kommisjonen at forbrukerne ikke får konkurransedyktige tilbud, og kan utnytte alle fordelene ved det indre markedet i form av større utvalg og bedre priser. Forbrukerne har dessuten liten tillit til handel på tvers av grensene. I teorien er det fremhevet at rettsregler i praksis er mye mindre viktig for forbrukernes tillit enn andre faktorer, som for eksempel språk og de praktiske mulighetene for retts hjelp. Det er dessuten vanskelig å se hvordan en totalharmoniserings tilnærming i seg selv kan øke forbrukernes tillit, fremfor en minimumsharmonisering tilnærming.²⁶ EFTA-landene²⁷ har også stilt spørsmål ved hvorvidt en totalharmonisering vil styrke forbrukernes tillit til grenseoverskridende handel.

Etter direktivforslagets artikkel 4 kan medlemsstatene ikke beholde eller innføre bestemmelser i nasjonal rett som fraviker dem som er fastsatt i direktivet, herunder strengere eller mildere bestemmelser, for å sikre et annet forbrukerbeskyttelsesnivå. Det nye direktivforslaget er altså karakterisert ved at det innfører en totalharmonisering av fellesskapslovgivningen på området. Totalharmonisering innebærer at det settes en absolutt norm for hvilke regler statene kan ha. Man kan ikke ha regler som avviker fra denne normen, verken i den ene eller andre retningen.²⁸

²⁴ Howells (2009) side 53.

²⁵ Howells (2009) side 6

²⁶ Howells (2009) side 8

²⁷ EEA EFTA Comment on the Green Paper on the Review of the Consumer Aquis (2007) side 4.

²⁸ EØS-rett (2004) side 279.

Flere norske høringsinstanser²⁹, EFTA-landene³⁰ og juridisk teori har stilt seg svært kritisk til en slik totalharmonisering. I juridisk teori er det fremhevet at: "In the EU context, full harmonization in one area implies a full transfer of legislative powers, including amending existing laws, to the Union; the power of uniform interpretation is shifted to the EJC. Without clearly justifying and specifying its scope and intensity, it may be regarded as indirectly violating the principle of limited powers of the Union/Community, based on conferral."³¹ En totalharmonisering innebærer altså et dypt innhugg i statenes nasjonale selvbestemmelse på det området som omfattes av harmoniseringen, og de totale konsekvensene av en slik harmonisering vil muligens ikke vise seg før direktivforslaget eventuelt blir implementert: "Full harmonization necessarily implies pre-emptive effects (Sperrwirkung) on Member State legislative powers in areas which are within the scope of application of the Proposal. These consequences may not be clear during the legislative process and may only be realized in the process of implementation and adaptation. They create uncertainties in themselves."³² Et eksempel på dette er hvorvidt regler om direktekrav mot produsent eller tidligere omsetningsledd kan anses som et tema som omfattes av direktivforslaget, slik at statene ikke kan opprettholde eller introdusere en slik regel i sin nasjonale rett, i henhold til artikkel 4.³³

2.3 Virkeområde

Forslaget finner anvendelse på bestemmelser om forbrukerbeskyttelse i avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere. Både avtaler inngått innenlands og avtaler på tvers av grenser omfattes.³⁴

²⁹ Se blant annet Forbrukerrådets høringsuttalelse (2009) side 5 og Forbruker Europas høringsuttalelse (2009) side 3.

³⁰ EEA EFTA Comments on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis (2007) side 4.

³¹ Micklitz og Reich (2009) side 479.

³² Micklitz og Reich (2009) side 478.

³³ Lilleholt (2009) side 340.

³⁴ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 3 og 5.

Etter direktivforslagets artikkel 3 kommer direktivet til anvendelse på avtaler om kjøp og tjenesteytelser. Etter artikkel 2 nr. 3 er en kjøpsavtale ”enhver aftale mellom den erhvervsdrivende og forbrukeren om salg af varer”, og etter nr. 4 er en vare en løsøregegenstand. Direktivforslaget vil på denne måten ikke omfatte avtaler om kjøp av fast eiendom.³⁵ Kapittel III om opplysningsplikt og angrefrist omfatter bare avtaler vedrørende fjernsalg og avtaler inngått utenfor fast forretningssted, jfr. artikkel 8.

I juridisk teori er det stilt spørsmål ved hvorvidt det er nødvendig med totalharmonisering i rent indre forbrukerbeskyttelsessaker uten noe grenseoverskridende element.³⁶ Dersom direktivets formål er å øke den grenseoverskridende handelen, burde det i forhold til de næringsdrivende være tilstrekkelig at direktivforslaget kun omfattet grenseoverskridende avtaler. Hensynet til system i regelverket kan tale mot dette, men dersom forbrukerbeskyttelsen reduseres slik direktivforslaget foreskriver, kunne det etter mitt syn ha de beste grunner for seg å begrense forslagens regler til slike avtaler. På den annen side vil dette utvilsomt ikke bidra til å øke forbrukernes villighet til å handle over landegrensene, da forbrukerne i svært mange europeiske land vil få færre og dårligere rettigheter etter direktivforslagets regler.³⁷ En slik løsning ville derfor trolig ville være utilfredsstillende i forhold til direktivforslagets målsetning.

³⁵ Whittaker (2009) side 230.

³⁶ Micklitz og Reich (2009) side 480.

³⁷ Lilleholt (2009) side 336.

3 Innføringen av EFs Rådsdirektiv 93/13/EØF i norsk rett

EFs rådsdirektiv 93/13/EØF, som ble vedtatt den 5. april 1993, er direktivet som per dags dato regulerer urimelige vilkår i forbrukeravtaler. Direktiv 93/13 inngår som en del av tilleggsavtalen til EØS-avtalen, slik at Norge var forpliktet til å gjennomføre dette direktivet i norsk rett. Direktivforslagets kapittel V tar som nevnt tidligere sikte på å erstatte dette direktivet.

Direktiv 93/13 er imidlertid i motsetning til direktivforslaget, et minimumsharmoniseringsdirektiv jfr. artikkel 8. Direktivet fastsetter således kun en minstenorm som norsk rett må overholde.

Avtaleloven § 37 ble vedtatt for å presisere forbrukernes stilling i samsvar med direktiv 93/13 i forhold til avtalevilkår som ikke har vært gjenstand for individuell forhandling mellom partene, for eksempel standardvilkår.³⁸

Vedtaket av avtl. § 37 innebærer ingen begrensning av anvendelsesområdet til avtl. § 36, som fortsatt er den sentrale formuerettslige lempningsregelen i norsk rett.³⁹ Endringene som § 37 medfører, er særregler for forbrukeravtaler. Departementet ønsket å begrense rekkevidden av § 37 til det som klart måtte anses som påkrevet av hensyn til direktivet, slik at rettstilstanden når det gjelder lemping av avtaler, i størst mulig grad ble videreført.⁴⁰

³⁸ Woxholth (2003) side 415

³⁹ Woxholth (2003) side 415

⁴⁰ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 5.

Avtaleloven § 36, som inneholder urimelighetsstandarden, kommer til anvendelse også i relasjon til avtalevilkår som omfattes av avtl. § 37. Lovgiveren har latt dette komme uttrykk gjennom formuleringen i avtl. § 37 første ledd nr. 1. Denne henviser til § 36 og hovedkriteriet etter § 37 blir dermed også ”urimelig” eller ”i strid med god forretningsskikk”. Utgangspunktet er at de samme retningslinjer som er nevnt i avtl. § 36 annet ledd, også skal gjelde for avtalevilkår som omfattes av § 37.⁴¹

Direktiv 93/13, og dermed avtl. § 37, har et vesentlig snevrere virkeområde enn avtl. § 36. Avtaleloven § 37 regulerer bare vilkår i forbrukerkontrakter som ikke er individuelt forhandlet. Direktivets regler kan imidlertid på visse punkter føre til et mer gunstig resultat enn det som følger etter avtl. § 36. Bakgrunnen for vedtagelsen av de særlige reglene i avtl. § 37 er derfor først og fremst å overholde de folkerettslige forpliktelsene etter EØS-avtalen, slik at det oppnås en sikkerhet for at forbrukerne får alle de rettigheter som følger av direktivet.⁴²

⁴¹ Woxholth (2003) side 417

⁴² Woxholth (2003) side 415-416.

4 Direktivforslagets forhold til gjeldende norske forbrukervernregler

Jeg vil i dette punkt analysere direktivforslagets kapittel V om forbrukerrettigheter vedrørende kontraktsvilkår.

4.1 Ufravikelighet

Etter direktivforslagets artikkel 4 om full harmonisering kan medlemsstatene ikke beholde eller innføre bestemmelser i nasjonal rett som fraviker dem som er fastsatt i direktivet, herunder strengere eller lempeligere bestemmelser, for å sikre et annet forbrukerbeskyttelsesnivå. Direktivforslaget fastsetter altså på denne måten både et minste- og et maksimums-nivå forbrukerbeskyttelsen må overholde.

I fortalens betraktninger nr. 56 understrekes det imidlertid at: ”Direktivet hindrer på ingen måte erhvervsdrivende i at tilbyde forbrugerne aftalemæssige ordninger, som en mere vidtgående beskyttelse, der ydes i kraft af direktivet.” Det er altså ikke noe i veien for at den næringsdrivende og forbrukeren avtaler andre ordninger enn de som følger av direktivet, så lenge disse ordningene ikke gir forbrukeren dårligere vilkår enn den preseptoriske lovgivningen gir anvisning på.

Forbrukeren kan imidlertid etter artikkel 43 ikke ”give afkald på de rettigheder, der tilkommer ham i henhold til dette direktiv.” Gjennomføringen av direktivforslaget vil således være ufravikelig.

4.2 Anvendelsesområdet for kapittel V

Direktivforslagets artikkel 30 regulerer anvendelsesområdet for kapittel V. Etter art. 30 nr. 1 kommer kapittelet til anvendelse på ”kontraktsvilkår, som er udarbejdet på forhånd af den

erhvervsdrivende eller tredjemand, og som forbrukeren har akseptert uten at have mulighet for at få innflydelse på innholdet, navnlig når sådanne kontraktvilkår utgjør en del av en standardaftale.” Direktivforslagets kapittel V kommer altså til anvendelse på vilkår som ikke har vært gjenstand for forhandling mellom forbrukeren og den næringsdrivende, for eksempel standardvilkår. Finansielle tjenesteytelser omfattes bare delvis av direktivforslaget, da det kun er kapittel III, kapittel V og kapittel VI, sammenholdt med artikkel 4 om full harmonisering som kommer til anvendelse for slike tjenesteytelser jfr. artikkel 3 nr. 2. Etter artikkel 3 nr. 3 kommer direktivforslagets kapittel V også til anvendelse på timeshare-avtaler og avtaler om pakkereiser. Direktivforslaget kommer altså på denne måten til anvendelse på visse avtaler om fast eiendom⁴³ (men kun i forhold til kapittel V).

4.3 Hva er ikke-forhandlede vilkår?

Etter ordlyden i artikkel 30 nr. 1 er det et vilkår for at kapittel V skal komme til anvendelse, at vilkårene er ”udarbejdet på forhånd”. Vilkårene kan altså ikke være utarbeidet til akkurat denne kontrakten som foreligger mellom forbrukeren og den næringsdrivende.

Videre er det et vilkår at forbrukeren har akseptert vilkårene ”uden at have mulighet for at få innflydelse på innholdet”. Det avgjørende er derfor om forbrukeren har hatt mulighet til å påvirke innholdet av vilkårene. Det er således ingen forutsetning for at kapittelet skal komme til anvendelse, at avtalen brukes med en viss frekvens. Også enkeltstående avtaler vil omfattes.⁴⁴ Et eksempel på dette kan for eksempel være at en forbruker kjøper en mobiltelefon over internett, og her får presentert en kjøpsavtale som han gir sitt tilsagn til, uten å ha hatt noen kontakt med den næringsdrivende.

⁴³ Whittaker (2009) side 230.

⁴⁴ Arnesen (1996) side 891.

Etter direktiv 93/13 er urimelighetssensuren begrenset til å gjelde vilkår som ikke er individuelt forhandlet. I følge artikkel 3 nr. 2 skal et vilkår anses for å ikke være individuelt forhandlet når det er ”utformet på forhånd og forbrukeren derfor ikke har kunnet påvirke innholdet, særlig i forbindelse med en ensidig utformet standardavtale”. Vilåårene for at direktivforslaget skal komme til anvendelse, tilsvarer således angivelsen av hva som skal anses for å være vilkår som ikke er individuelt forhandlet etter direktiv 93/13.

Avtaleloven § 37 kommer til anvendelse på ”vilkår som ikke er individuelt forhandlet, og som inngår i en avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende.” Etter forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktiv 93/13 legges det til grunn at anvendelsesområdet for urimelighetsregelen i § 37 bør begrenses til vilkår som ikke er individuelt forhandlet, og dette begrepet må forstås i samsvar med den nærmere presiseringen som er gitt i direktiv 93/13.⁴⁵

Etter minimumsharmoniseringsdirektivet 93/13 sto statene fritt til å utvide den beskyttelsen som ligger i direktivets bestemmelser også til vilkår som er individuelt forhandlet dersom de ønsket det. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt statene fortsatt har denne mulighet i forhold til direktivforslagets harmoniseringsgrad.⁴⁶ Etter artikkel 30 nr. 1 kommer som nevnt direktivforslagets regler om urimelige avtalevilkår til anvendelse på vilkår som er utarbeidet på forhånd, og som forbrukeren har akseptert uten å ha mulighet til å få innflytelse på innholdet. Dette taler for at det kun er slike vilkår som er omfattet av totalharmoniseringen. I følge artikkel 4 kan statene imidlertid ikke beholde eller innføre bestemmelser som fraviker de regler som er fastsatt i direktivforslaget i nasjonal rett. I denne forstand synes direktivforslagets regler altså å ha et videre anvendelsesområde enn først antatt, slik at visse deler av forbruker kontraktsretten, spesielt i forhold til urimelige avtalevilkår, virkelig kan sies å være *total*-harmonisert.⁴⁷ Grunnet direktivforslagets totalharmoniseringskarakter er det følgelig trolig at statene ikke lenger vil ha denne

⁴⁵ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994).

⁴⁶ Howells (2009) side 143.

⁴⁷ Howells (2009) side 143.

mulighet,⁴⁸ men dette er omdiskutert. Som nevnt overfor i punkt 3 er direktiv 93/13 blitt implementert i norsk rett slik at den generelle formuerettslige lempningsregelen i avtl. § 36 som kommer til anvendelse overfor alle former for formuerettslige kontrakter, også kommer til anvendelse på individuelt forhandlede vilkår i forbrukerkontrakter jfr. avtl. § 37 nr. 1. Norsk rett gir på denne måten tilsvarende vern for flere avtaler enn de som omfattes av direktivet, og som diskutert overfor er det trolig at man ikke kan ha regler som omfatter andre avtaler og vilkår enn de direktivforslaget omfatter. Dersom direktivforslaget blir vedtatt er det altså mulig at en slik generell formuerettslig lempningsregel ikke vil kunne opprettholdes, noe som utvilsomt vil være svært kontroversielt.⁴⁹

I juridisk litteratur har direktivforslaget blitt kritisert fordi det inkorporerer definisjonen av ikke-forhandlede vilkår fra direktiv 93/13 uten å klargjøre forskjellen mellom forhandlede vilkår, ikke-forhandlede vilkår og standardkontrakter. Det er hevdet at dette vil medføre at forsøket på totalharmonisering vil være nytteløst, fordi medlemsstatenes tradisjoner og kontrollmetoder fortsatt er svært forskjellige.⁵⁰ For at en totalharmonisering av urimelighetsstandarden skal kunne oppnås, må nok innholdet i disse begrepene klargjøres på et overnasjonalt nivå.

4.4 Urimelighetsstandarden

Etter artikkel 32 nr. 1 skal medlemsstatene sikre at et kontraktsvilkår som ikke inngår i bilag I eller II, ”betragtes som urimeligt, hvis det til trods for kravet om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser ifølge aftalen til skade for forbrugeren”. Artikkelen angir således urimelighetsstandarden som skal legges til grunn, og den en nærmest likelydende med artikkel 3 nr. 1 i direktiv 93/13. EF-domstolen har fastslått at anvendelsen av urimelighetsstandarden på et særskilt vilkår må overlates til de

⁴⁸ Howells (2009) side 115.

⁴⁹ Lilleholt (2009) side 342.

⁵⁰ Micklitz og Reich side 510.

nasjonale domstoler.⁵¹ Lilleholt har fremhevet at ”This is a potential problem even in a minimum harmonization regime, but it will be much more complicated with full harmonization. The level of protection is likely to differ considerably from country to country.”⁵² Finn Arnesen har også uttalt i forhold til direktiv 93/13 at det er utilfredsstillende å overlate klargjøringen av urimelighetsstandarden til de nasjonale domstoler, når målsetningen er å etablere en noenlunde felles urimelighetsstandard i medlemsstatene.⁵³

Kommisjonen har ikke kommentert dette problemet hverken i direktivteksten eller i fortalet. Lilleholt mener at dette vil medføre at ”either the Court accepts to review the assessment of specific terms, or there will be no effective harmonization when it comes to the exact level of protection.”⁵⁴ En totalharmonisering av urimelighetsstandarden vil altså ikke kunne oppnås med mindre EF-domstolen selv vil ta for seg anvendelsen av urimelighetsstandarden på et særskilt vilkår, slik at retningslinjene for skjønnnet blir lagt opp på et overnasjonalt plan.

Etter artikkel 32 nr. 2 skal vurderingen av om et kontraktsvilkår er urimelig, skje ved ”at tage hensyn til, hvilken type produkter aftalen omfatter, og ved på tidspunktet for aftalens indgåelse at tage hensyn til alle omstændighederne i forbindelse med dens indgåelse samt til alle andre vilkår i aftalen eller i en anden aftale, som hænger sammen med denne”. Denne delen av artikkelen er nærmest likelydende med kravet i direktiv 93/13 artikkel 4 nr. 1. Da dette er et minimumsharmoniseringsdirektiv, har Norge imidlertid mulighet til å gi forbrukerne en bedre rettsstilling enn det direktiv 93/13 foreskriver.

I norsk rett er det avtaleloven § 36 som inneholder urimelighetsstandarden. Avtaleloven § 36 er imidlertid en generell formuerettslig lempningsregel, slik at alle former for

⁵¹ ECJ 1 Apr. 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten v. Hofstetter* [2004] ECR I-3403.

⁵² Lilleholt (2009) side 341.

⁵³ Arnesen (1996) side 890.

⁵⁴ Lilleholt (2009) side 341.

avtalevilkår uten begrensninger med hensyn til partsforholdet vil omfattes,⁵⁵ ikke bare vilkår i forbrukerkontrakter som ikke er individuelt forhandlet som reguleres i direktivforslaget. Hvilke hensyn som skal tas i betraktning ved rimelighetsvurderingen, er noe annerledes utformet i avtl. § 36 enn i direktivforslaget. Det fremgår her av annet ledd at det skal tas hensyn ikke bare til ”avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”.

For de avtalevilkår som omfattes av direktivforslaget, nemlig ikke individuelt forhandlede vilkår, fastsetter avtl. § 37 enkelte særregler i forhold til anvendelsen av § 36.⁵⁶ De samme hensyn som nevnt i avtl. § 36 skal tas i betraktning ved rimelighetsvurderingen etter § 37, imidlertid skal ikke senere inntrådte forhold tillegges betydning til skade for forbrukeren, dersom de medfører at et avtalevilkår som ellers ville anses som urimelig blir ansett som rimelig, jfr. avtl. § 37 nr. 1.

4.4.1 De relevante skjønnsmomenter

Urimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtl. § 36 er en helhetsvurdering, slik at alle de relevante skjønnsmomenter som er oppramset i artikkel 32 nr. 2 vil kunne komme til anvendelse ved vurderingen. Etter avtl. § 36 skal man imidlertid ikke som i artikkel 32 nr. 2 bare ta hensyn til forholdene ved avtalens inngåelse, men også ”senere inntrådte forhold” kan komme i betraktning. I avtl. § 37 nr. 1 annet punktum er det imidlertid en særregulering til fordel for forbrukeren. Etter denne bestemmelsen skal slike ”senere inntrådte forhold” ikke tillegges betydning til skade for forbrukeren med den virkning at et avtalevilkår som ellers ville anses som urimelig, blir ansett som rimelig. Dette innebærer at et vilkår som i utgangspunktet var urimelig for forbrukeren, men som på grunn av senere inntrådte forhold er blitt rimelig, ikke vil kunne påberopes av den næringsdrivende.⁵⁷

⁵⁵ Woxholth (2003) side 367-370.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 5.

⁵⁷ Woxholth (2003) side 418.

Ordlyden i artikkel 32 nr. 2 gir inntrykk av at dette er en utømmende oppregning av de relevante skjønnsmomenter ved urimelighetsvurderingen. Da direktivforslaget er et totalharmoniseringsdirektiv, vil en implementering trolig medføre at det kun er disse momenter som kan komme i betraktning ved vurderingen av om et kontraktsvilkår er urimelig. Dette medfører at dersom direktivforslaget blir vedtatt, vil rettsanvenderen sannsynligvis ikke kunne ta hensyn til slike ”senere inntrådte forhold”. Det vil altså ikke lenger kunne tas hensyn til at avtalen har fått en ugunstig utvikling, dersom avtalen var rimelig da den ble inngått. Særregelen i forhold til forbrukeren etter avtl. § 37 nr. 1 annet punktum, vil nok heller ikke kunne opprettholdes. Dette vil kunne være en ulempe for forbrukeren.

4.4.2 Tidspunktet for urimelighetsvurderingen

Etter ordlyden i direktivforslagets artikkel 32 nr. 2 er tidspunktet for urimelighetsvurderingen ”aftalens inngåelse”. Denne tolkning støttes i forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13, hvor det uttales at det er ”tidspunktet for avtalens inngåelse som er avgjørende”.⁵⁸

I avtl. § 36 er vurderingstemaet om det vil være urimelig å gjøre gjeldende et avtalevilkår. Utgangspunktet vil derfor være at tyngdepunktet av rimelighetsvurderingen forskyves til oppfyllelsesstadiet, jfr. Rt. 1988 side 276 hvor Høyesterett på side 287 uttaler at avtalevilkåret først og fremst ”må vurderes ut i fra situasjonen i dag”.⁵⁹ Dersom direktivforslaget blir vedtatt, vil det trolig innebære at rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36 må foretas ut i fra hvordan situasjonen var på tidspunktet for avtalens inngåelse.

Den rettslige målestokken som skal legges til grunn for urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36, skal reflektere rettoppfatningen på det tidspunktet hvor kontraktsvilkåret gjøres gjeldende. Målestokken blir dermed også oppfyllestidspunktet. Konsekvensen av dette

⁵⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), punkt 4.5.

⁵⁹ Woxholth (2003) side 378.

er at rettsoppfatningen ved kontraktsinngåelsen ikke vil være avgjørende, hvis det i tiden mellom inngåelsen av kontrakten og oppfyllelsen har skjedd endringer i hva som må anses som rimelig på det aktuelle rettsområdet.⁶⁰ Se for eksempel Rt. 1988 side 276, Rt. 1988 side 295, Rt. 1990 side 1099 og Rt. 1991 side 147. Denne praksis vil nok ikke kunne opprettholdes dersom direktivforslaget blir vedtatt. Målestokken som skal legges til grunn etter direktivforslaget, vil også være avtaletidspunktets.

At urimelighetsvurderingen ikke lenger vil kunne fange opp slike endringer i rettsoppfatningen, vil kunne være uheldig for forbrukeren. Dette er nok imidlertid ikke en veldig vanlig problemstilling i forhold til slike forbrukerkontrakter som omfattes av direktivforslaget, slik at de helt store konsekvenser for forbrukervernet vil det nok ikke ha.

4.4.3 God tro-vurderingen

Et kontraktsvilkår skal altså betraktes som urimelig ”hvis det til trods for kravet om god tro bevirker en betydelig skævhed i partenes rettigheter og forpligtelser”. Direktivforslaget opererer altså med en understandard, ”kravet om god tro”, og et avveiningstema, ”betydelig skjevhet”.⁶¹ Uttrykket ”god tro” kan i norsk rett innebære to forskjellige ting. I noen tilfeller er det snakk om kunnskap, som for eksempel i tinglysingsloven av 7. juni 1935 nr. 2 (tingl.) § 27 hvor uttrykket ”god tro” innebærer at erververen av fast eiendom må ha vært i aktsom god tro på tidspunktet for innføringen i dagboken. Dette kravet om aktsom god tro innebærer at erververen ikke må ha visst, eller heller ikke burde ha visst om den kolliderende eldre rettigheten i eiendommen.⁶² I andre situasjoner innebærer uttrykket en standard for akseptabel framferd. Etter for eksempel avtl. § 33 er et løfte ikke bindende dersom det ville stride mot ”redelighet eller god tro” å gjøre erklæringen gjeldende.

⁶⁰ Woxholth (2003) side 379.

⁶¹ Arnesen (1996) side 892.

⁶² Lilleholt (1999) side 148-156.

Avtaleloven § 33 vil således ramme det som til enhver tid anses å stride mot redelighet, og det vil kunne variere med den samfunnsmessige utvikling, etikk-, og profesjonskrav m.v.⁶³

Ordlyden i artikkelen kan tyde på at det er en slik standard for akseptabel framferd det her er snakk om, og i fortalen⁶⁴ heter det at den næringsdrivende kan oppfylle kravet om god tro ”ved at handle loyalt og rimelig med den anden part, hvis legitime interesser han bør ta hensyn til”. Det synes som om uttrykket viser til en standard med et tilnærmet objektivt innhold.⁶⁵ Det heter videre i fortalen at det ved god tro-vurderingen særlig bør ”taes hensyn til styrkeforholdet i parternes forhandlingspositioner, til, om forbrukeren på den ene eller anden måte er blevet tilskyndet til at give sin tilslutning til kontraktvilkåret, og til, om varene eller tjenesteydelseme blev solgt eller leveret på forbrukerens særlige bestilling”. Dette tilsvarer kravene i fortalen til direktiv 93/13.

I forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktiv 93/13⁶⁶ uttales det at ”Uttrykket ”god tro” er ikke velvalgt. Meningen er å oppstille et krav om at den næringsdrivende ikke må opptre i strid med ”god forretningsskikk””. Ved tolkning av EØS-basert lovgivning kan man ikke ta for gitt at begrepene har sin vanlige norske betydning. EF-domstolen har påpekt at begrepsbruken er autonom, slik at innholdet i begrepene ikke nødvendigvis er samsvarende med likelydende ord i medlemsstatenes nasjonale rett.⁶⁷ Nasjonale oppfatninger vil derfor spille liten rolle.⁶⁸

I forhold til fortalens⁶⁹ konkretisering synes det imidlertid trolig at Justisdepartementets oppfatning om at kravet kan forstås som et krav om opptreden i samsvar med god

⁶³ Woxholth (2003) side 336.

⁶⁴ COM (2008) 614 final, fortalens 48. betraktning.

⁶⁵ Arnesen (1996) side 892.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 4.5

⁶⁷ EØS-rett (2004) side 193

⁶⁸ Arnesen (1996) side 893

⁶⁹ COM (2008) 614 final, fortalens 48. betraktning.

forretningsskikk, vil kunne anføres også i forhold til direktivforslaget. Avtaleloven § 36 første ledd rammer avtaler som det vil ”være i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende”, og vil således trolig tilfredsstille direktivforslaget på dette punkt.

Etter artikkel 32 nr. 1 skal et kontraktvilkår anses som urimelig ”hvis det til trods for kravet om god tro bevirker en betydelig skævhed i parternes rettigheter og forpliktelse...”. Ordlyden i artikkelen trekker i retning av å forstå urimelighetsstandarden slik at et avtalevilkår vil kunne rammes også der den næringsdrivende har opptrådt i samsvar med god forretningsskikk, jfr. formuleringen ”til trods for kravet om god tro”.⁷⁰ Det kan således synes å være balansen i avtalevilkårene som er det avgjørende, slik at urimelighetsstandarden er løsrevet fra kravet til god forretningsskikk.⁷¹ I forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktiv 93/13 har Justisdepartementet imidlertid tolket den tilsvarende formuleringen i artikkel 3 nr. 1 slik at disse vilkårene er kumulative,⁷² altså at et avtalevilkår må være i strid med god forretningsskikk og ”bevirke en betydelig skævhed i parternes rettigheter og forpliktelse” for å kunne anses som urimelig, uten å begrunne dette noe videre.

Etter den engelske versjonen av direktivforslagets artikkel 32 nr. 1 er et kontraktvilkår urimelig dersom ”if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract”. Ordlyden i den engelske versjonen gir i likhet med den danske versjonen inntrykk av at avtalevilkår vil kunne rammes også der den næringsdrivende har opptrådt i samsvar med god forretningsskikk, jfr. formuleringen ”contrary to the requirement of good faith”, slik at det avgjørende vil være balansen i avtalevilkårene. Dette må nok imidlertid anses som noe uklart. Heller ikke den svenske versjonen av direktivforslaget som angir urimelighetsstandarden slik at et avtalevilkår skal anses som urimelig om det ”i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas avtalsenliga rättigheter och

⁷⁰ Arnesen (1996) side 893.

⁷¹ Arnesen (1996) side 893.

⁷² Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 4.5.

skyldigheter till nackdel för konsumenten”, bidrar i nevneverdig grad til å oppklare hvorvidt vilkårene må anses som alternative eller kumulative.

Hensynet til å gi forbrukerne et best mulig vern kan tale for at urimelighetsvurderingen i størst mulig grad bør løsrives fra standarden ”god forretningsskikk”. Som Arnesen har påpekt, vil en urimelighetsstandard som rammer de, riktignok sjeldne, tilfellene der et avtalevilkår fremstår som urimelig til tross for at den næringsdrivende har opptrådt innenfor rammene av hva god forretningsskikk tilsier, klart nok gi forbrukerne en bedre beskyttelse.⁷³ Hensynet til den næringsdrivende vil ikke være særlig tungtveiende i denne sammenhengen, da poenget er at vilkåret medfører en vesentlig skjevhet i forhold til forbrukeren.⁷⁴

Etter mitt syn er den mest nærliggende tolkningen av ordlyden i direktivforslagets urimelighetsstandard at et avtalevilkår vil kunne anses som urimelig også der den næringsdrivende har opptrådt i samsvar med god forretningsskikk, altså at vilkårene vil kunne være alternativer for lemping, men som omhandlet overfor er ordlyden meget uklar. Hensynet til rettsenhet taler også for at en slik rettslig standard er løsrevet fra urimelighetsstandarden, og et av formålene med direktivforslaget er nettopp å minske oppsplittingen i lovgivningen. Hva de respektive statene legger i en slik rettslig standard som ”god tro”, vil nok kunne variere betraktelig, til tross for fortalens retningslinjer, og på denne måten hindre tilnærmingen av statenes regelverk. Kommisjonen har i direktivforslagets forteale gitt uttrykk for at de ønsker å gi forbrukerne et høyt felles forbrukerbeskyttelsesnivå, og dersom et avtalevilkår medfører en vesentlig skjevhet i forbrukerens disfavør bør dette være det sentrale, ikke hvorvidt den næringsdrivende har opptrådt innenfor rammene av hva god forretningsskikk tilsier. At en næringsdrivende som uttrykt i fortalen,⁷⁵ for å oppfylle kravet om god forretningsskikk har handlet lojalt og rimelig med forbrukeren, og tatt hensyn til forbrukerens legitime interesser, til tross for at

⁷³ Arnesen (1996) side 894.

⁷⁴ Arnesen (1996) side 894.

⁷⁵ COM (2008) 614 final, fortalens 48. betraktning.

et avtalevilkår medfører en betydelig skjevhet til skade for forbrukeren, anser jeg som en lite aktuell problemstilling, slik at dette nok ikke vil volde de store problemer i praksis. Jeg anser det følgelig trolig at direktivforlagets urimelighetsstandard må forstås slik at ”god tro” og ”betydelig skjevhet i parternes rettigheter og forpliktelser” er alternative vilkår for lemping.

Etter avtl. § 36 kan en avtale helt eller delvis settes til side eller endres dersom ”det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende”. Etter avtl. § 36 er altså ”urimelig” og ”i strid med god forretningsskikk” alternative vilkår for lemping. Til tross for at departementet la til grunn at disse vilkårene måtte være kumulative, etter den nærmest likelydende artikkel 3 nr. 1 i direktiv 93/13 mener jeg etter dette at det er trolig at Norge vil kunne oppfylle sine forpliktelser etter direktivforslaget dersom ”urimelig” og ”i strid med god forretningsskikk” opprettholdes som alternative vilkår for lemping etter avtl. § 36. Dette vil nok som nevnt tidligere gi forbrukerne en bedre beskyttelse.⁷⁶ At vilkårene kan forbli alternative vil således være en fordel for forbrukerne.

4.4.4 Mindre strengt urimelighetskriterium i avtaleloven § 36?

Det fremgår av ordlyden i artikkel 32 nr. 1 at et avtalevilkår som medfører en ”betydelig skjevhet” i partenes rettigheter og forpliktelser etter avtalen, skal betraktes som urimelig. Etter avtl. § 36 er vilkåret at avtalen er ”urimelig”. I de norske høringsuttalelsene har det blitt stilt spørsmål ved hvorvidt kravet om ”betydelig skjevhet” innebærer en høyere inngrepsterskel enn hva som gjelder etter avtl. § 36.⁷⁷ Om denne forskjell er det uttalt i forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktiv 93/13⁷⁸ at dette ”kan synes som et mindre strengt urimelighetskriterium enn det som oppstilles i direktivet. Men også norsk rettspraksis har lagt til grunn at bare klare tilfeller av urimelighet skal føre til at avtalen blir

⁷⁶ Arnesen (1996) side 894.

⁷⁷ Forbrukerrådets høringsuttalelse (2009) side 6.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

ugyldig etter § 36. Forskjellen mellom direktivet og norsk rett på dette punkt er derfor antagelig mindre enn ordlyden i de to bestemmelsene gir inntrykk av.”

Arnesen har hevdet at når det gjelder selve innholdet i urimelighetsstandarden, krever nok direktivet et mer kvalifisert misforhold enn etter avtl. § 36.⁷⁹

Woxholth har i tråd med uttalelsene i forarbeidene påpekt at det må foreligge en klar forskjell mellom virkningene av kontraktsvilkårene og det som må anses som en rimelig løsning i rettsforholdet mellom partene, før lemping kan finne sted etter avtl. § 36.⁸⁰ Se for eksempel plenumsdommen i Rt. 1990 side 284, hvor Høyesteretts flertall uttaler om avtl. § 36 at ”denne generelle bestemmelse er forutsatt brukt med varsomhet”.

Grunnen til dette er at hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet i kontraktsforhold har stor betydning, og det skal ikke være mulig å anvende § 36 ene og alene av den grunn at kontrakten har blitt ufordelaktig for en av partene. Det må imidlertid fremheves at forarbeidenes forutsetning om et markert avvik ikke vil stå like sterkt i alle kontraktsforhold. Kontraktsforholdets art og partsforholdet vil ha betydning for hvor stor vekt de nevnte hensynene tillegges.⁸¹ I en avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende, som direktivforslaget omfatter, vil det trolig kreves et mindre markert avvik for at lemping etter avtl. § 36 skal kunne foretas, enn hvis det er en avtale mellom to næringsdrivende. Det kan således bli nødvendig med en justering av urimelighetskriteriet etter avtl. § 36 for å tilfredsstille direktivforslagets krav ved en eventuell implementering.

Jeg vil tro at en slik endring av urimelighetsstandarden som omtalt overfor, vil medføre at terskelen for å få et avtalevilkår lempet etter avtl. § 36 vil bli noe høyere enn den er i dag, hvilket vil være en ulempe for forbrukerne.

⁷⁹ Arnesen (1996) side 897.

⁸⁰ Woxholth (2003) side 381.

⁸¹ Woxholth (2003) side 381.

4.4.5 Urimelighetsstandarden i avtaleloven § 37

Som nevnt i punkt 3 kommer avtl. § 36 til anvendelse også overfor vilkår som omfattes av § 37. Det innebærer at urimelighetskriteriet i § 37 også er ”urimelig” eller ”i strid med god forretningsskikk. De samme skjønnsmomenter som er nevnt i avtl. § 36 skal også komme til anvendelse i forhold til de avtalevilkår som omfattes av § 37, og den rettspraksis som har utviklet seg i forhold til forbrukeravtaler som ikke er individuelt forhandlet vil ha relevans også etter § 37.⁸² Urimelighetsstandarden er altså i utgangspunktet den samme etter avtl. § 37 som i § 36, slik at en justering av terskelen for inngrep, som omhandlet overfor, vil kunne bli nødvendig for å tilfredsstille direktivforslaget.

Avtaleloven § 37 nr. 2 inneholder imidlertid en særregulering som innebærer at forbrukeren ved anvendelse av § 36 (utover at det urimelige vilkår blir tilsidesatt eller endret) kan kreve at den rimelige delen av avtalen opprettholdes, dersom den kan bestå med uforandret innhold. Dette forutsetter imidlertid at ett eller flere avtalevilkår medfører en ”betydelig skjevhet til skade for forbrukeren”. Justisdepartementet uttalte i forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 at anvendelsen av denne bestemmelsen forutsetter at det foreligger en kvalifisert grad av urimelighet, og at det var tilsiktet at urimelighetsstandarden skal ligge opp mot direktivets standard.⁸³ I forhold til avtl. § 37 nr. 2 samsvarer urimelighetsstandarden altså med den standard som oppstilles i direktivforslaget.

4.4.6 Implementering av urimelighetsstandarden

Det er altså flere til dels store forskjeller mellom urimelighetsstandarden i avtaleloven § 36 og urimelighetsstandarden som oppstilles i direktivforslaget. Et interessant spørsmål er hvordan en eventuell implementering av direktivforslagets urimelighetsstandard skal kunne

⁸² Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 8.1

⁸³ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 8.1

gjennomføres i norsk og nordisk rett som har en tilsvarende formuerettslig generalklausul som avtl. § 36.⁸⁴

Etter EØS-avtalen artikkel 7 overlates det til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen av et direktiv. Man må imidlertid innfortolke EU-rettens ulovfestede krav til gjennomføring av direktiver, som innebærer en hovedregel om at gjennomføringen må skje på en måte som gjør rettsstillingen klar og utvetydig, og som gjør det mulig for borgerne å effektivt forutberegne sin rettsstilling.⁸⁵

Kåre Lilleholt uttaler om en eventuell implementering av urimelighetsstandarden: "It is not easy to see how the full harmonization clause of the proposal can be implemented in the Nordic countries. To exclude consumer contracts from the scope of application of the general clause would be a rather odd solution. One could perhaps add a guideline to the general clause, stating that the clause should be applied in harmony with the proposed directive."⁸⁶ Kanskje vil en løsning kunne være noe lignende som da avtl. § 37 ble vedtatt for å tilfredsstille kravene i direktiv 93/13. Altså at vilkår i forbrukerkontrakter som ikke er individuelt forhandlet, ikke skal følge den urimelighetsstandarden som er nedfelt i avtl. § 36, men direktivforslagets urimelighetsstandard.

Kåre Lilleholt uttaler videre: "The result would still be strange, in that consumers would, at least in principle, then have less protection than professional buyers. Or perhaps the Nordic countries will have to abandon their general clauses, which would be controversial, to say the least."⁸⁷ At en forbruker skal være dårligere stilt enn en næringsdrivende i forhold til urimelige avtalevilkår, vil nok måtte sies å harmonere dårlig med den alminnelige rettsbevissthet og de synspunkter om forbrukervern som har utviklet seg siden 1970-årene, altså at det er behov for å beskytte svake kontraktsparter mot medkontrahenters misbruk av

⁸⁴ Hagstrøm (2003) side 275.

⁸⁵ EØS-rett (2003) side 186.

⁸⁶ Lilleholt (2009) side 341-342.

⁸⁷ Lilleholt (2009) side 342.

avtalefrihet.⁸⁸ Det vil dessuten bli dårlig sammenheng i regelverket, for eksempel i forhold til avhendingslova § 1-2 annet ledd som er vedtatt for å ivareta forbrukernes interesser. Dersom konsekvensen av direktivforslaget blir at systemet med en slik generell formuerettslig lempningsregel ikke vil kunne opprettholdes, vil det innebære et stort innhugg i de nordiske lovgivningstradisjoner. Totalharmoniseringssystemet, vil uansett gjøre det vanskeligere for rettsanvenderne å utarbeide sterkere beskyttelse for forbrukerne ut i fra generalklausuler.⁸⁹

4.5 Tolkningsregler

4.5.1 Fortolkning av avtalevilkår

I direktivforslagets artikkel 36 reguleres fortolkningen av avtalevilkår. Artikkel 36 nr 1 fastslår at: ”Hvis det oppstår tvil om et kontraktvilkårs betydning, gjelder den fortolkning som er mest gunstig for forbrukeren.”

Artikkel 36 er likelydende med kravet i artikkel 5 annet punktum i direktiv 93/13. Avtaleloven § 37 første ledd nr. 3 inneholder tolkningsregelen i artikkel 5 annet punktum, og det fastslås her at dersom det er tvil om tolkningen av et avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet, skal vilkåret tolkes til forbrukerens fordel. Dette er en legal forankring av uklarhetsregelen i relasjon til forbrukerforhold. Uklarhetsregelen er et alminnelig kontraktsrettslig tolkningsprinsipp, forankret i rettspraksis. Prinsippet innebærer at ved tolkningen av skriftlige kontraktvilkår, særlig standardvilkår, vil man i tvilstilfelle tolke kontrakten til ugunst for den som har forfattet vilkåret, eller som har ønsket å gjøre vilkåret til en del av kontrakten.⁹⁰ Etter de norske forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 innebærer tolkningsregelen imidlertid ikke at en lite nærliggende tolkning

⁸⁸ Woxholth (2003) side 368.

⁸⁹ Lilleholt (2009) side 342.

⁹⁰ Woxholth (2003) side 456.

som er til fordel for forbrukeren, skal legges til grunn dersom det finnes andre tolkningsalternativer som er vesentlig mer nærliggende.⁹¹

I forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktiv 93/13 er det uttalt at i ”norsk rett gjelder det et ulovfestet tolkningsprinsipp som sier at i tvilstilfeller skal en avtale tolkes mot den som burde uttrykt seg klarere, se f eks Rt 1951 s 976 og Rt 1979 s 676. Det vil normalt være den som har utformet kontrakten som burde ha uttalt seg klarere . Dette gjelder særlig ved bruk av standardavtaler der forbrukeren ikke har hatt mulighet til å påvirke kontraktens innhold. I rettspraksis finnes det mange tilfeller hvor det er uttalt at uklare vilkår i en standardkontrakt normalt skal tolkes mot den som har utarbeidet kontrakten, se f eks Rt 1951 s 976 og Rt 1961 s 1024.”⁹²

Tolkningsregelen i direktivforslagets artikkel 36 må nok utvilsomt sies å være gjennomført i norsk rett ved lovfestingen i avtl. § 37 første ledd nr. 3, og gjennom den eksisterende rettspraksis.⁹³ En eventuell implementering av direktivforslaget vil således ikke medføre noen endringer i gjeldende rett på dette punkt.

4.5.2 Bevisbyrde

Artikkel 33 lyder som følger: ”Hvis en erhvervsdrivende hævder, at et kontraktvilkår har vært genstand for individuell forhandling, har han bevisbyrden.” Denne artikkelen er likelydende med kravet i direktiv 93/13 artikkel 3 nr. 2 tredje ledd.

Avtaleloven § 37 første ledd nr. 4 inneholder bevisbyrderegelen i direktiv 93/13. Her heter det at en ”næringsdrivende som hevder at et avtalevilkår er individuelt forhandlet må godtgjøre dette.” Etter de norske forarbeidene innebærer denne bestemmelsen dels en bevisføringsplikt for den næringsdrivende. Det hviler altså på den næringsdrivende å

⁹¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 4.8.

⁹² Ot.prp. nr 89 (1993-1994) punkt 4.8.

⁹³ Ot.prp. nr 89 (1993-1994) punkt 4.8.

fremskaffe dokumentasjon for at et avtalevilkår er individuelt forhandlet, slik at særreglene i § 37 kommer til anvendelse. Regelen innebærer videre at dersom den fremlagte dokumentasjonen etterlater tvil om vilkåret er individuelt forhandlet, skal denne tvilen gå utover den næringsdrivende.⁹⁴

Norsk rett er følgelig allerede i overensstemmelse med direktivforslaget på dette punkt, slik at ingen lovendring her vil bli nødvendig ved en eventuell implementering.

4.6 Rettsvirkninger

Direktivforslagets artikkel 37 omhandler rettsvirkningene av urimelige kontraktsvilkår.

4.6.1 Rettsvirkningene etter direktivforslaget

Artikkel 37 fastslår: "Kontraktvilkår, som er urimelige, binder ikke forbrukeren. Aftalen forbliver bindende for parterne, hvis den kan opretholdes uden de urimelige kontraktvilkår." Artikkelen oppstiller således to alternative rettsfølger. Det ene er å oppheve det urimelige vilkåret, men la resten av avtalen være bindende. Det andre alternativet er å la hele avtalen falle bort. Dersom ett eller flere avtalevilkår blir opphevet grunnet urimelighet, vil imidlertid konsekvensen bli at avtalen på disse punktene må suppleres med deklarasjonsrett. Dette kan sies å hindre den rettsenheten som er et formål med direktivforslaget, fordi den deklarasjonsrette rett vil variere fra land til land.⁹⁵ Det kan nok imidlertid hevdes at poenget med harmoniseringen her er å fastslå at kontraktsvilkår som er urimelige, ikke skal binde forbrukeren, altså å ha en regel som verner mot urimelige vilkår i hele EU og EFTA.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 8.1.

⁹⁵ Arnesen (1996) side 900.

4.6.2 Rettsvirkningene etter avtaleloven § 36

Utgangspunktet i norsk avtalerett er at avtaler skal holdes,⁹⁶ men dersom avtalen er ugyldig er rettsvirkningene etter avtl. § 36 at man kan la avtalen ”helt eller delvis settes til side eller endres”. I følge forarbeidene⁹⁷ innebærer dette at fire følgende reaksjoner kan være aktuelle: For det første kan det urimelige avtalevilkår endres eller tilsidesettes mens avtalen for øvrig opprettholdes uforandret, for det andre kan det urimelige vilkår endres sammen med en endring eller tilsidesettelse av andre vilkår, for det tredje kan det urimelige vilkår opprettholdes uforandret mot at andre av avtalens vilkår endres eller tilsidesettes, og for det fjerde kan hele avtalen tilsidesettes. Det er således en adgang til å tilsidesette og revidere avtalen etter avtl. § 36. Etter ordlyden i artikkel 37 er det ingen slik revisjonsadgang.

I forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 ble det diskutert hvorvidt en slik revisjonsadgang kunne opprettholdes i forhold til den nærmest likelydende artikkel 6 nr. 1. Departementet uttalte her: ”Artikkel 6 nr 1 kan etter departementets syn ikke være til hinder for at revisjonsadgangen beholdes når det gjelder de urimelige avtalevilkårene isolert sett, selv om ordlyden angir at vilkårene ”ikke skal binde forbrukeren”. Det tvilsomme spørsmålet er om direktivet gir adgang til revisjon av avtalen for øvrig.” Departementet kom frem til at: ”Revisjonsadgangen må dermed være begrenset til å gjelde de urimelige avtalevilkårene. Når det gjelder resten av avtalen, må den enten bli stående uendret, eller den må falle bort dersom den ikke kan opprettholdes på selvstendig grunnlag etter at den urimelige delen av avtalen er satt til side eller endret.”⁹⁸ På dette grunnlag ble avtl. § 37 første ledd nr. 2 vedtatt.

Avtaleloven § 37 første ledd nr. 2 innebærer at dersom ett eller flere avtalevilkår medfører en betydelig skjevhet til skade for forbrukeren i de rettigheter og plikter partene har etter avtalen, kan forbrukeren ved anvendelsen av § 36 kreve at avtalen for øvrig skal være bindende for partene, hvis avtalen kan bestå med uforandret innhold. Forbrukeren kan altså

⁹⁶ Woxholth (2003) side 22.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 36.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

motsette seg endring av avtalen og i stedet kreve at avtalen, bortsett fra det eller de urimelige vilkårene, skal bli stående uendret.⁹⁹

Direktivforslaget er imidlertid i motsetning til direktiv 93/13 et totalharmoniseringsdirektiv, og et av formålene med direktivforslaget er å minske oppsplittingen i lovgivningen. Ordlyden i artikkel 37 angir at urimelige kontraktsvilkår ”binder ikke forbrukeren”. Jeg mener at ordlyden isolert sett kan tale for at det ikke skal være en revisjonsadgang for de urimelige avtalevilkår. Mot en slik tolkning av direktivforslaget kan innvendes at dersom alternativet til en revisjonsadgang er opphevelse av det urimelige avtalevilkår, slik at avtalevilkåret vil måtte erstattes med deklarasjonsrett, for eksempel ved bruk av kjøpsloven for å utfylle en ufullstendig kjøpsavtale, er det ikke så betenkelig å tillate en domstolsrevisjon av vilkåret.¹⁰⁰ På den annen side vil partenes mulighet til å forutse sin rettsstilling reduseres ved en revisjonsadgang. Uttrykket ”binder ikke forbrukeren” kan imidlertid også innebære at forbrukeren ikke skal være bundet av avtalevilkåret i sin urimelige form, og dermed åpne for en revisjon av de urimelige avtalevilkår. Lilleholt anser det imidlertid trolig at en slik revisjonsadgang ikke vil kunne opprettholdes.¹⁰¹ Da den mest nærliggende tolkning av ordlyden taler for at det ikke skal være en revisjonsadgang, og partenes mulighet til å forutse sin rettsstilling reduseres ved en slik vilkårsrevisjon, noe som harmonerer dårlig med homogenitetsmålsetningen, mener jeg det er trolig at revisjonsadgangen etter avtl. § 36 heller ikke kan opprettholdes for de urimelige avtalevilkårenes vedkommende.

Til tross for at en vilkårsrevisjon medfører at muligheten for både den næringsdrivende og forbrukeren til å forutse sin rettsstilling i noen grad reduseres, mener jeg at en slik revisjonsadgang i bunn og grunn kan være til partenes fordel da domstolene har mulighet til å finne den rimeligste løsning på den foreliggende tvisten for begge parter. Jeg tror de norske domstolene anerkjenner at det ikke er deres oppgave å sette seg i partenes sted og

⁹⁹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

¹⁰⁰ Arnesen (1996) side 900.

¹⁰¹ Lilleholt (2009) side 341.

omformulere kontraktsforholdet med den følge at partene blir bundet til noe som har ligget langt utenfor det partene har vedtatt og forutsatt.¹⁰² I praksis er det antagelig vanligere at et urimelig avtalevilkår settes til side, enn at det endres,¹⁰³ slik at en revisjonsadgang for de urimelige avtalevilkår nok er reservert for de mer spesielle tilfeller. At en slik revisjonsadgang trolig ikke vil kunne opprettholdes dersom direktivforslaget blir vedtatt, anser jeg således som svært uheldig for forbrukerne.

4.7 Listene over urimelige kontraktsvilkår

Direktivforslaget inneholder to lister over urimelige vilkår. Formålet med disse listene er etter fortalen¹⁰⁴ å skape rettssikkerhet og forbedre den måten det indre marked fungerer på. Etter artikkel 34 inneholder listen i bilag II kontraktsvilkår som skal betraktes som urimelige under alle omstendigheter (svartelisten). Listen i bilag III inneholder vilkår som skal betraktes som urimelige med mindre den næringsdrivende kan bevise det motsatte, jfr. artikkel 35 (grå-listen). Disse listene skal etter fortalen¹⁰⁵ komme til anvendelse i alle medlemsstatene, og kan kun endres av Kommisjonen ved direktivets endringsprosedyre etter artikkel 39.

Kommisjonen har i direktivforslaget valgt en lignende løsning som i direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere, som også inneholder en såkalt ”svarteliste” som angir former for handelspraksis som alltid er urimelige. Dette direktivet ble gjennomført i norsk rett ved vedtakelsen av Markedsføringsloven som trådte i kraft 1. juni 2009. Dette direktivet er i likhet med direktivforslaget et totalharmoniseringsdirektiv, og svartelisten er inntatt i en forskrift hjemlet i mfl. § 6 femte ledd.¹⁰⁶

¹⁰² Woxholth (2003) side 411.

¹⁰³ Woxholth (2003) side 410.

¹⁰⁴ COM (2008) 614 final, fortalens 50. betraktning.

¹⁰⁵ COM (2008) 614 final, fortalen nr. 5.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008).

4.7.1 **Direktiv 93/13**

Direktiv 93/13 inneholder i likhet med direktivforslaget også en slik liste over urimelige kontraktsvilkår. Etter artikkel 3 nr. 3 er denne listen imidlertid veiledende og ikke uttømmende over vilkår som kan anses som urimelige, altså en grå-liste. Stortinget har ikke latt listen bli vedtatt som norsk lov, likevel vil avtalevilkår med innhold som i listen vanligvis måtte anses som urimelige.¹⁰⁷

I forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 i norsk lov stilte departementet seg svært kritisk til en lovfesting av en slik liste over urimelige avtalevilkår. Departementet uttaler her at: ”Eksempelene i listen må sies å være generelt, og til dels også uklart, formulert. Flere av eksemplene inneholder dessuten skjønnsmessige begreper. Dermed vil ikke listen kunne forhindre at man ved urimelighetsvurderingen må foreta en konkret skjønnsmessig avveining i det enkelte tilfellet.”¹⁰⁸ En lovfesting av en slik liste, vil altså ikke nødvendigvis føre til at antallet tvister vil reduseres. Videre uttales det at: ”Det må antas at slike avtalevilkår som er nevnt i listen, i alle fall hvis de ikke er individuelt forhandlet, i de aller fleste tilfeller faktisk vil bli bedømt som urimelige etter generalklausulen i avtaleloven § 36. En lovfesting av listen ville likevel kunne virke uheldig fordi det kunne innebære en binding av rettsanvendelsen. Det er fare for at vilkår som ikke er tatt med i listen, alene av denne grunn kunne bli ansett som rimelige. Generelt kan det hevdes at listen gir uttrykk for et lavere forbrukerbeskyttelsesnivå enn det som i dag følger av norsk rett.”¹⁰⁹ Svært mange av kontraktsvilkårene i direktivforslagets lister er nærmest identiske som vilkårene i listen i direktiv 93/13, det er derfor trolig at departementets kritikk også vil kunne anføres i forhold til direktivforslagets lister.

¹⁰⁷ Woxholth (2003) side 417.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), punkt 4.7.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), punkt 4.7.

Lilleholt har imidlertid stilt spørsmål om den norske gjennomføringen av listen i direktiv 93/13 er heldig. Som påpekt er denne listen lite kjent her i Norge, og i standardavtaler er vilkår med innhold som omhandlet i listen ikke uvanlige. Dersom listen hadde vært kjent er det som påpekt av Lilleholt, mulig at de jurister som formulerer slike standardavtaler, hadde tenkt seg om to ganger.¹¹⁰

4.7.2 Nærmere om direktivforslagets sorte og grå lister

Etter direktivforslagets artikkel 34 skal vilkår på svartelisten ”betragtes som urimelige under alle omstændigheder.” Dette innebærer at de fem kontraktsvilkårene som er oppført på denne listen, er å anse som urimelige – uansett. Eksempler på slike klausuler er vilkår som utelukker eller begrenser den næringsdrivendes ansvar dersom forbrukeren dør eller skades på legeme, vilkår som innskrenker eller opphever forbrukerens adgang til rettsmidler, og vilkår som gir den næringsdrivende rett til å avgjøre hvorvidt varen eller tjenesten er i overensstemmelse med avtalen. Dersom et kontraktsvilkår befinner seg på denne listen, må man altså ikke foreta en vurdering av kontraktsvilkåret i forhold til urimelighetsstandarden, altså om vilkåret ”til trods for kravet om god tro bevirker en betydelig skævhed i partenes rettigheter og forpligtelser... til skade for forbrukeren”. Vilkårene på denne listen ville nok trolig bli ansett som urimelige etter avtl. § 36.¹¹¹

Etter direktivforslagets artikkel 35 skal kontraktsvilkårene som er oppført på den grå listen, ”betragtes som urimelige, med mindre den erhvervsdrivende har bevist, at sådanne kontraktvilkår er rimelige, jf. artikkel 32.” Dersom et vilkår befinner seg på denne listen, er det altså en presumsjon for at vilkåret er urimelig, og bevisbyrden for at dette ikke er tilfelle (altså at vilkåret er rimelig), er pålagt den næringsdrivende. Eksempler på slike avtalevilkår er klausuler som tillater den næringsdrivende å ensidig endre

¹¹⁰ Lilleholt (2005) side 31.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), punkt 4.7.

kontraktsvilkårene, og vilkår som automatisk forlenger en tidsbestemt avtale. Flere av avtalevilkårene på denne listen finner vi ofte brukt i praksis.¹¹²

Listene i direktivforslaget kan ses som en begrensning av urimelighetsstandarden i avtl. § 36, ved at urimelighetsstandarden overhodet ikke vil komme til anvendelse i forhold til vilkårene på den sorte listen, og i forhold til vilkårene på den grå-listen vil urimelighetsstandarden kun komme til anvendelse dersom den næringsdrivende hevder at vilkåret likevel er rimelig.

4.7.3 Forhold til avtaleloven § 36

Etter avtl. § 36 er det det samlede resultat av kontraktens vilkår-, og de utfyllende rettsregler som gjelder for kontraktsforholdet som utgjør skjønnstemaet. Spørsmålet er altså om dette samlede resultat innebærer slike tap eller ulemper for forbrukeren at det av denne grunn vil virke urimelig at den næringsdrivende gjør kontrakten gjeldende. Det er dermed ikke avgjørende om ett enkelt kontraktsvilkår fremstår som mindre rimelig, dersom kontrakten alt i alt gir uttrykk for en rimelig fordeling av rettigheter, plikter og risiko mellom forbrukeren og den næringsdrivende.¹¹³ For eksempel kan en urimelig ansvarsfraskrivelse kompenseres av at den næringsdrivende på egen bekostning har tegnet en forsikring som beskytter forbrukeren mot følgene av ansvarsfraskrivelsen.¹¹⁴ Dersom direktivforslaget blir vedtatt, vil nok ikke det samlede resultat av kontrakten lenger kunne være det avgjørende etter avtl. § 36. Dersom ett enkelt kontraktsvilkår har et innhold som vilkårene på listen, vil dette trolig måtte kjennes ugyldig, til tross for at kontrakten alt i alt gir uttrykk for en rimelig fordeling av rettigheter, plikter og risiko. Det opphevede kontraktsvilkåret vil da måtte utfylles med deklarasjonsrett, mens avtalen for øvrig vil bestå. Dette kan etter forholdene føre til en skjev fordeling av rettigheter og plikter mellom forbrukeren og den næringsdrivende.

¹¹² Lilleholt (2005) side 31.

¹¹³ Woxholth (2003) side 377.

¹¹⁴ Woxholth (2003) side 417.

Jeg tror imidlertid ikke at dette vil bli konsekvensen av en implementering av listene. Jeg tror en implementering av listene vil medføre at bruken av vilkårene på den sorte listen nærmest vil opphøre, og at bruken av vilkårene på den grå listen vil reduseres betraktelig, og kun komme til anvendelse i særlige tilfeller. Dette vil utvilsomt kunne være en stor fordel for forbrukerne. I juridisk teori er det hevdet at "Blacklisted terms will help to clear the market Community wide. It is from this perspective only that the far-reaching consequences of the shift from minimum to maximum harmonization become clearer."¹¹⁵ Lilleholt har også gitt uttrykk for at listene vil kunne være en fordel for forbrukerne.¹¹⁶

4.7.4 Følgene for forbrukernes rettsstilling

Dersom direktivforslagets lister over urimelige kontraktsvilkår blir implementert i norsk rett, vil dette kunne øke rettssikkerheten for forbrukerne, ved at forbrukerne kan stole på at et kontraktsvilkår med innhold som på listen vil bli ansett som urimelig. Forutberegneligheten i kontraktsforholdet vil dermed øke, noe som vil kunne bidra til å oppfylle direktivforslagets formål om å øke handelen på tvers av grensene.

Listene vil også kunne spare partene og samfunnet for tvister ved at anvendelsen av vilkårene på listen sannsynligvis vil opphøre. Slike lister vil dessuten føre til at disse kontraktsvilkårene vil være urimelige i alle medlemslandene, og dermed være i tråd med formålet om å minske oppsplittingen i lovgivningen. Slike lister kan nok sies å være et effektivt vern mot urimelige avtalevilkår.

I juridisk teori har Hagstrøm stilt seg kritisk til slike "sorte-listede klausuler" som direktivforslaget omfatter. Han uttaler: "Et forsøk på å luke vekk uønskede kontraktsvilkår ved hjelp av kataloger i lovgivningen, vil antagelig være et utjenlig middel.

¹¹⁵ Micklitz og Reich (2009) side 512.

¹¹⁶ Lilleholt (2009) side 336.

Abstraksjonsnivået på denne type lovgivning vil lett bli slik at det ikke er mulig å oppfange det praktiske livs mangfold.”¹¹⁷

Jeg vil si meg enig i departementets og Hagstrøms bekymring for at listene vil kunne føre til en binding av rettsanvendelsen, og at et vilkår vil bli ansett som rimelig ene og alene av den grunn at det ikke er på listene. Dersom listene ikke fører til en binding av rettsanvendelsen, men derimot fører til at bruken av disse kontraktsvilkårene opphører, tror jeg at listene alt i alt vil føre til en forbedring av forbrukernes rettsstilling. Det er etter mitt syn som påpekt av Lilleholt trolig at de åpne skjønnsreglene, som avtl. §36 er gode å ha når konflikter skal løses, men dersom man ønsker å hindre konflikter, vil detaljerte regler (som i direktivforslagets lister) være mer nyttige.¹¹⁸

4.8 Krav til utforming av avtalevilkår

I direktivforslagets artikkel 31 stilles det krav til hvordan avtalevilkårene skal utformes.

4.8.1 Klare og forståelige kontraktsvilkår

I følge artikkel 31 nr. 1 er det et krav om at kontraktsvilkårene skal være uttrykt på en ”klar og forståelig måte og være letlæselige.” Bestemmelsens ordlyd kan på denne måten sies å stille krav til både det materielle og det formelle innholdet av en kontrakt, hvor ”klar og forståelig måte” gjelder den materielle siden, og ”letlæselig” sikter til den formelle siden.

Ved vurderingen av hvorvidt kontraktsvilkårene oppfyller kriteriene i artikkel 31 nr. 1, må man etter min oppfatning skille mellom formkrav og innholds krav. For å tilfredsstille artikkel 31 nr. 1 må både det materielle og det formelle kravet være oppfylt. Formkravet er nærmere utdypet i fortalen¹¹⁹ hvor det heter at den ”Erhvervsdrivende bør fritt kunne vælge

¹¹⁷ Hagstrøm (2003) side 283.

¹¹⁸ Lilleholt (2005) side 31.

¹¹⁹ COM (2008) 614 final, fortalens 47. betraktning.

den skrifttype og –størrelse, som kontraktvilkårene udfærdiges med”. Ved avgjørelsen av hvorvidt formkravet er oppfylt, må man trolig kunne legge til grunn en konkret vurdering, der den enkelte næringsdrivende gis rett til å velge det rent estetiske ved kontraktvilkårenes utforming i samsvar med fortalen.¹²⁰ Regler som oppstiller form som gyldighetsbetingelse, er på de fleste områder i norsk rett upraktisk i dag.¹²¹ Det er i dag ingen regler om form som gyldighetsbetingelse i avtalelovens kapittel III. Derimot finnes enkelte slike regler i andre deler av norsk lovgivning innen person og formueretten, jfr. for eksempel arvelova § 49 (testamentsform) og finansavtaleloven §§ 16, 48 og 61 (skriftform).¹²²

I direktiv 93/13 er det et tilsvarende krav til klare og forståelige vilkår i artikkel 5. Departementet foretok ikke en gjennomføring av kravet om klare og forståelige vilkår etter direktiv 93/13, da det i følge forarbeidene hadde utfelt seg en felles oppfatning i det nordiske arbeidet med direktivet, av at regelen om klare og forståelige kontraktsvilkår i artikkel 5, 1. punktum måtte forstås som en innledning eller en del av tolkningsregelen i artikkel 5, 2. punktum.¹²³ Dersom vilkårene ikke er utformet på en tilstrekkelig klar og forståelig måte, slik at de etterlater tvil, vil tolkningsregelen i direktivforslagets artikkel 36 nr. 1 komme til anvendelse, slik at den fortolkning som er mest gunstig for forbrukeren skal legges til grunn. I direktivforslaget er imidlertid kravet om klare og forståelige kontraktsvilkår i en helt annen artikkel enn tolkningsregelen, og etter artikkel 32 nr. 2 et skjønnsstema som i tillegg til urimelighetsstandarden skal inngå i en vurdering av om et kontraktsvilkår på grå-listen allikevel er rimelig. Justisdepartementets oppfatning kan derfor neppe opprettholdes.

Det er i norsk rett ikke et slikt eksplisitt krav til at kontraktsvilkår som omfattes av direktivforslaget, må utformes på en klar og forståelig måte. Hvorvidt avtalevilkårene er utformet på en klar og forståelig måte, vil nok imidlertid kunne komme i betraktning i

¹²⁰ COM (2008) 614 final, fortalens 47. betraktning.

¹²¹ Woxholth (2003) side 308.

¹²² Woxholth (2003) side 308-309.

¹²³ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) vedlegg 2, punkt 10.

forhold til avtl. § 36. I urimelighetsvurderingen etter § 36 skal det ikke bare tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse og senere inntrådte forhold, men også ”omstendighetene for øvrig”. Lovgiver har med dette markert at dette er en konkret rimelighetsvurdering, hvor relevante momenter som springer ut av den konkrete sak kan tillegges vekt. Dersom vilkårene er uklart formulert, vil dette kunne sies å stride mot hensynet til klarhet i kontraktsforhold, noe som vil kunne ha en relevans ved en urimelighetsvurdering etter avtl. § 36.

Jeg vil imidlertid tro at et krav om at kontraktsvilkår mellom en forbruker og en næringsdrivende som ikke har vært gjenstand for individuell forhandling, alltid skal være uttrykt på en klar og forståelig måte og være letteselige, vil måtte implementeres for å tilfredsstille Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. En slik implementering vil nok ikke medføre de store endringer i gjeldende rett, da dette som nevnt overfor kan sies å være ivare tatt i norsk rett allerede. En slik lovfesting av kravet vil imidlertid kanskje medføre at de næringsdrivende vil være mer oppmerksomme på hvordan de utformer sine avtalevilkår, og på denne måten komme forbrukerne til gode.

Direktivforslaget fastslår som omhandlet overfor at kontraktsvilkårene skal være utformet på en klar og forståelig måte, og være letteselige. Forslaget sier imidlertid ikke noe om hvilket språk som skal anvendes i kontrakten. Det er per i dag 27 medlemsland i EU, og det tales 21 offisielle språk.¹²⁴ Da et av formålene med direktivforslaget er å øke handelen på tvers av grensene,¹²⁵ er dette en svært aktuell problemstilling. For at forbrukeren skal kunne ha muligheter for å forstå sine rettigheter og plikter etter avtalen fullt ut, er det essensielt at kontrakten er utformet på et språk forbrukeren forstår og behersker godt. I juridisk teori er det hevdet at EU ved å ikke innføre, eller i hvert fall foreslå, en språkregel ikke garanterer en effektiv informasjonsrett i samsvar med EFT artikkel 153.¹²⁶

¹²⁴ Micklitz og Reich (2009) side 489.

¹²⁵ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 1.

¹²⁶ Micklitz og Reich side 490.

Etter direktivforslagets artikkel 31 nr. 4 skal medlemsstatene unnlate å stille presentasjonskrav til hvordan kontraktsvilkårene skal uttrykkes eller gjøres tilgjengelig for forbrukeren. I juridisk teori har det blitt stilt spørsmål ved hvorvidt forbudet i artikkel 31 nr. 4 omfatter slike språkkrav. Det har her blitt hevdet at et krav om å bruke forbrukerens språk ikke kan anses som bare et presentasjonskrav, og at dette vil være en konkretisering av kravet i artikkel 31 nr. 1 om at kontraktsvilkår skal være uttrykt på en klar og forståelig måte og være lettleselege.¹²⁷ Jeg er for så vidt enig i dette resonnementet, sett i forhold til fortalens¹²⁸ uttalelse om at den næringsdrivende fritt bør kunne velge den skrifttype og størrelse som kontraktsvilkårene utferdiges med. Det er etter mitt syn imidlertid ikke trolig at man ut i fra dette kan slutte at det ikke er slike språkkrav artikkel 31 nr. 4 omfatter, og det har nok formodningen mot seg at Kommisjonen ville godta at statene på fritt grunnlag kunne utferdige krav til språkbruken i kontraktene, da dette nok ville anses for å utgjøre en handelshindring.

I forarbeidene til avtl. § 36 er det antatt at det kan tas hensyn til at en innvandrer på grunn av språkvansker ikke har forstått deler av en kontrakt, uten at den annen part er å bebreide.¹²⁹ Avtaleloven § 36 kan derfor trolig komme til anvendelse dersom en forbruker som har inngått en grenseoverskridende kontrakt, ikke har forstått vilkårene på grunn av språkvansker. Ordlyden i artikkel 31 nr. 4 kan tyde på at norske myndigheter etter direktivforslaget vil være forhindret fra å stille krav til språkbruken ved bruk av ensidig utformede avtalevilkår. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvorvidt forarbeidenes antakelse kan opprettholdes ved en eventuell implementering av direktivforslaget. Med det stadig økende antall kontraktsslutninger som foregår på tvers av grensene, vil det kunne være svært uheldig for forbrukeren at avtl. § 36 ikke kan fange opp denne problemstillingen.

¹²⁷ Howells (2009) side 134.

¹²⁸ COM (2008) 614 final, fortalens 47. betraktning.

¹²⁹ NOU 1979: 32 side 50.

4.8.2 Forbud mot opt-out ordninger

Etter artikkel 31 nr. 3 må den næringsdrivende be om forbrukerens uttrykkelige samtykke til eventuelle betalinger ut over betalingen for sin viktigste forpliktelse etter kontrakten. Dette er konkretisert i fortalen¹³⁰ ved at det bør være forbudt å formode samtykke ved bruk av opt-out ordninger som for eksempel forut avkryssede felter. Dersom den næringsdrivende ikke har oppnådd forbrukerens uttrykkelige samtykke, men formoder samtykke ved hjelp av forutvalgte løsninger som forbrukeren skal forkaste for å unngå ytterligere betalinger, er forbrukeren berettiget til å få sin betaling refundert, jfr. artikkel 31 nr. 3.

I norsk rett er det ikke noe tilsvarende forbud mot opt-out ordninger, slik at hvis direktivforslaget blir vedtatt, vil nok et slikt forbud måtte implementeres. Dette har vært et problem i forhold til kjøp av flyreiser, for eksempel ved at reiseforsikring inkluderes automatisk ved et felt som allerede er avkrysset. Dersom avkryssingen ikke fjernes vil forbrukeren måtte betale for reiseforsikringen i tillegg til flyreisen.¹³¹ Det vil nok være en fordel for forbrukerne med et slikt forbud, især for handler som foretas over internett. Men som Lilleholt har fremhevet, kan dette neppe sies å innebære et stort sprang for forbrukerbeskyttelsen.¹³²

4.8.3 Følgene av at kravene i artikkel 31 ikke er oppfylt

Etter artikkel 32 nr. 3 kommer urimelighetsvurderingen ikke til anvendelse på vurderingen av avtalens hovedgjenstand eller overensstemmelsen mellom den påregnende betaling og den næringsdrivendes viktigste forpliktelse. Utgangspunktet er altså at direktivforslaget ikke skal regulere dette, da kontraktsfriheten bør gjelde her.¹³³ Imidlertid gjelder dette bare ”for så vidt den erhvervsdrivende oppfyller alle bestemmelse i artikkel 31”, jfr. artikkel

¹³⁰ COM (2008) 614 final, fortalens 47. betraktning.

¹³¹ Howells (2009) side 133.

¹³² Lilleholt (2009) side 336.

¹³³ Whittaker (2009) side 236.

32 nr. 3. Den næringsdrivende må altså ha overholdt bestemmelsene i forhold til utforming av avtalen (nr. 1), hvordan avtalen er gjort tilgjengelig for forbrukeren (nr. 2), og trolig også ha anmodet om forbrukerens uttrykkelige samtykke til eventuelle betalinger i ut over betalingen for sin viktigste forpliktelsen etter kontrakten (nr. 3).¹³⁴ Dersom den næringsdrivende ikke har overholdt disse bestemmelsene, kan det synes som en naturlig tolkning av ordlyden at urimelighetsvurderingen dermed kommer til anvendelse på hovedgjenstanden og prisen. I prinsippet kan nok avtl. § 36 brukes til dette, jfr. forarbeidenes uttalelse om at norsk rett ikke stiller opp slike begrensninger av rimelighetsskjønnet etter avtl. § 36,¹³⁵ men dette er nok relativt upraktisk i dag.

I direktiv 93/13 er det en tilsvarende begrensning av hvilke skjønnsmomenter som kommer i betraktning ved urimelighetsvurderingen, dersom vilkårene er formulert på en klar og forståelig måte, jfr. artikkel 4 nr. 2. Da dette er et minimumsdirektiv, anså departementet det slik at direktivet ikke var til hinder for at også avtalens hovedgjenstand eller prisen kunne komme i betraktning ved urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36.¹³⁶ Da direktivforslaget er et totalharmoniseringsdirektiv, er det imidlertid trolig at en slik regel som i artikkel 32 nr. 3 vil måtte implementeres dersom direktivforslaget blir vedtatt. Dette vil nok ikke medføre de store endringer i gjeldende rett, da det som nevnt overfor er relativt upraktisk at avtl. § 36 skulle brukes til å vurdere avtalen om hovedgjenstanden eller prisen. At en slik vurdering eventuelt skal måtte foretas dersom den næringsdrivende ikke har overholdt kravene til utforming av avtalen, hvordan avtalen er gjort tilgjengelig for forbrukeren, eller ikke fått forbrukerens samtykke til betalinger ut over betalingen for sin viktigste forpliktelse etter kontrakten vil medføre at en bredere vurdering av urimelighetsstandarden vil måtte legges til grunn. I juridisk teori er det antydnet at dette innebærer en viktig forandring av det området rimelighetsvurderingen kontrollerer, i forhold til direktiv 93/13.¹³⁷ Jeg anser det imidlertid ikke trolig, at en slik utvidelse av

¹³⁴ Whittaker (2009) side 237.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 4.5.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 4.5

¹³⁷ Whittaker (2009) side 237.

skjønnsstemaet i seg selv vil medføre noen endring for norske forbrukeres rettsstilling, da denne vurderingen sannsynligvis like gjerne vil kunne gå i forbrukerens favør som i forbrukerens ufavør.

4.9 Offentligrettslig kontroll med avtalevilkår

Direktivforslagets formål er som nevnt i punkt 2.1 å gi forbrukerne et høyt felles forbrukerbeskyttelsesnivå.¹³⁸ Det stilles opp kriterier for når er vilkår skal anses som urimelig i artikkel 32, og det slås i artikkel 37 fast at forbrukeren ikke skal være bundet av det eller de vilkår som blir ansett som urimelige. Direktivforslaget pålegger i tillegg de enkelte land å ha effektive og egnede midler for å bringe fremtidig bruk av urimelige vilkår til opphør, jfr. artikkel 38. Direktivforslaget får på denne måte både innvirkning på avtaleloven § 36 og § 37 om sivilrettslig tilsidesettelse av urimelige avtalevilkår og bestemmelsene i markedsføringsloven om offentligrettslig kontroll med urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold, særlig § 22.

Markedsføringsloven trådte i kraft 1. juni 2009, og loven dekker i det vesentlige samme område som den opphevede markedsføringslov av 16. juni 1972 nr. 47.¹³⁹

Markedsføringsloven har som nevnt tidligere blant annet bakgrunn i direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere, som er tatt inn i EØS-avtalen. Loven er i følge forarbeidene hovedsakelig en videreføring av gjeldende rett, altså fremdeles en gjennomføring av direktiv 93/13, med de tilpasninger som er nødvendige som følge av direktiv 2005/29.¹⁴⁰

Direktivforslaget vil som nevnt særlig berøre mfl. § 22, som erstatter § 9 a i den gamle markedsføringsloven. Markedsføringsloven § 22 står i kapittel 5, og etter forarbeidene er

¹³⁸ COM (2008) 614 final, fortalens punkt 1.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 1.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 1.

dette kapittelet en videreføring av gjeldende rett¹⁴¹ slik at forarbeider, teori og rettsavgjørelser i henhold til § 9 a vil ha betydning for anvendelsen av § 22.

4.9.1 Anvendelsesområde

Som nevnt tidligere kommer kapittel V til anvendelse på kontraktsvilkår som er ”udarbejdet på forhånd af den erhvervsdrivende eller tredjemand, og som forbrugeren har accepteret uden at have mulighed for at få indflytelse på indholdet”, typisk standardvilkår. Anvendelsesområdet til mfl. § 22 er ”vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttes i næringsvirksomhet overfor forbrukere”. Mfl. § 22 kommer altså til anvendelse for avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende, men ikke for avtaler forbrukere imellom eller næringsdrivende imellom. Etter forarbeidene kan urimelighetsvurderingen etter mfl. § 22 i prinsippet også omfatte individuelle vilkår. Bestemmelsen er imidlertid utarbeidet med sikte på, og benyttes i praksis særlig overfor standardvilkår.¹⁴² Markedsføringsloven § 22 har således et mer omfattende anvendelsesområde enn direktivforslaget.

4.9.2 Urimelighetsstandarden

I følge mfl. § 22 kan et avtalevilkår forbys når det finnes ”urimelig”. Etter direktivforslagets artikkel 32 nr. 1 er det et krav om at vilkåret skal medføre en ”betydelig skævhed”, altså en kvalifisert form for urimelighet. Avtalevilkår som medfører en ”betydelig skævhed” i forhold til forbrukeren, vil antakeligvis alltid måtte anses som urimelig, men også vilkår som ikke innebærer en ”betydelig skævhed”, vil kunne anses som urimelige etter denne bestemmelsen. I forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktiv 93/13 er det uttalt at det generelt må antas at det skal mer til for å anse et avtalevilkår som urimelig etter direktivet enn etter mfl. § 9 a, samtidig som alle vilkår som må anses som urimelige etter direktivet, antakeligvis vil rammes av mfl. § 9 a.¹⁴³ Om terskelen for at Markedsrådet kan gripe inn, uttaler Høyesterett i Rt. 2006 side 1348 at det

¹⁴¹ Ot prp. nr. 55 (2007-2008) punkt 1.

¹⁴² Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

¹⁴³ Ot prp. nr. 89 (1993-1994)

”normalt ikke bør kreves særlig stor ubalanse før Markedsrådet kan gripe inn. Men det kan ikke være tilstrekkelig at man finner at balansen kunne vært bedre”. Dette tyder på at det skal mer til for å anse et avtalevilkår som urimelig etter direktivforslaget enn etter mfl. § 22. Da direktivforslaget er et totalharmoniseringsdirektiv, vil nok urimelighetsstandarden i § 22 for de vilkår som omfattes av direktivforslagets anvendelsesområde, måtte harmoniseres med urimelighetsstandarden i direktivforslaget ved en eventuell implementering.

Artikkel 32 nr. 2 inneholder kriteriene for urimelighetsvurderingen. Som nevnt overfor i punkt 4.4.1 mener jeg at ordlyden i artikkelen gir inntrykk av at dette er en uttømmende oppregning av de relevante skjønnsmomenter ved urimelighetsvurderingen. Etter forarbeidene til gjennomføringen av den tilsvarende artikkel i direktiv 93/13, må momentene i rimelighetsskjønnet gjelde både når urimelighetsvurderingen foretas i forhold til en individuell avtale, og når det foretas en generell vurdering i forhold til forbrukerne som en gruppe.¹⁴⁴ Artikkel 32 nr. 2 vil derfor trolig stille krav både til avtl. § 36 og til mfl. § 22.

Kravet i artikkel 32 nr. 2 om at det skal tas hensyn til omstendighetene ved avtalens inngåelse, vil som påpekt i forarbeidene til gjennomføringen av den tilsvarende artikkel 4 nr. 1 i direktiv 93/13, neppe være anvendelig når det foretas en generell vurdering i forhold til forbrukerne som en gruppe. Kravet vil nok derfor bare berøre en urimelighetsvurdering i forhold til en individuell avtale, slik at kun avtl. § 36 vil bli berørt av dette. De øvrige hensyn i artikkel 32 nr. 2 synes imidlertid å angå markedsføringsloven.¹⁴⁵

Urimelighetskriteriet i mfl. § 22 gir anvisning på en standard. Ved rimelighetsvurderingen skal det etter mfl. § 22 annet ledd legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter, og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold. Selv om § 22 bare nevner disse to hensynene, er det imidlertid på det rene at det skal foretas en

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) punkt 6.2

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

helhetsvurdering slik at også andre momenter kan være relevante ved vurderingen, jfr. forarbeidene.¹⁴⁶ Som nevnt overfor gir ordlyden i artikkel 32 nr. 2 etter min oppfatning inntrykk av å være en uttømmende oppregning av de relevante skjønnsmomenter. Da direktivforslaget er et totalharmoniseringsdirektiv, vil en implementering trolig medføre at det kun er disse momentene som kan komme i betraktning ved vurderingen av om et kontraktsvilkår er urimelig. En begrensning av vurderingstemaet i mfl. § 22 til de hensyn som er nevnt i direktivet, slik at en helhetsvurdering ikke lenger vil kunne legges til grunn, vil således kunne være nødvendig ved en eventuell implementering.

Artikkel 32 nr 3 oppstiller begrensninger i hvilke skjønnsmomenter som er aktuelle ved urimelighetsvurderingen. Etter denne bestemmelsen er ”vurderingen af aftalens hovedgenstand” eller ”overensstemmelsen mellem den påregnede betaling” og ”den erhvervsdrivendes vigtigste kontraktlige forpliktelse” unntatt fra urimelighetsvurderingen. Vurderinger av hovedgjenstanden, og av om selve prisen er urimelig, er således unntatt fra urimelighetsvurderingen.

I følge § 22 tredje ledd gjelder ikke første og annet ledd for ”innholdet i prisvilkår”. Markedsføringsloven § 22 har således en tilsvarende avgrensing som direktivforslagets unntak for vurdering av forholdet mellom pris og ytelse. Forbrukerombudets og Markedsrådets kontroll med avtalevilkår skal altså ikke gripe inn i prismyndighetenes kontroll etter prislovgivningen, jfr. pristiltaksloven § 3.

I forarbeidene til gjennomføringen av den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 93/13 er det uttalt at avgrensingen i § 9 a, sett i forhold til markedsmyndighetenes og prismyndighetenes kontroll med avtalevilkår, må antas å ligge innenfor direktivets unntak.¹⁴⁷ Direktivforslaget tilsier derfor ikke i seg selv behov for en lovendring. Til tross for at direktivforslaget er et totalharmoniseringsdirektiv, er det etter min mening trolig at en

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)

implementering av direktivforslagets artikkel 32 nr. 3 ikke vil medføre et behov for endring av mfl. § 22.

4.9.3 Håndhevelse av urimelige kontraktsvilkår

Direktivforslagets artikkel 38 pålegger medlemsstatene å ha eller etablere effektive og egnede midler for å bringe anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår til opphør.

Markedsføringsloven har med utgangspunkt i § 22, bestemmelser som nettopp tar sikte på å hindre fremtidig bruk av urimelige kontraktsvilkår.

4.9.3.1 Finnes det "egne og effektive midler" for å bringe anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår til opphør i norsk rett?

Artikkel 38 nr. 1 fastslår at medlemsstatene skal sikre "at der i forbrukernes og konkurrenternes interesse findes egnede og effektive midler til at bringe anvendelsen af urimelige kontraktvilkår i aftaler, der indgås mellem forbrugere og erhvervsdrivende, til ophør." Dette er utdypet i fortalens 55. betraktning hvor det uttales at "Medlemsstatene bør sikre, at deres retsmyndigheder og administrative myndigheder råder over tilstrækkelige og effektive midler til at bringe anvendelsen af urimelige vilkår i forbrugerftaler til ophør."

Ordlyden i artikkel 38 nr. 1 tyder på at bestemmelsen innebærer en generell forpliktelse for medlemsstatene til å påse at det i nasjonal rett, finnes egnede og effektive midler for å bringe anvendelsen av urimelige avtalevilkår til opphør.

Ordlyden i direktivforslaget sier ikke noe om hva som ligger i formuleringen "i forbrukernes og konkurrenternes interesse". Om den tilsvarende formuleringen i direktiv 93/13 artikkel 7 nr. 1 uttalte departementet at det "kan stilles spørsmål ved om det i det hele tatt kan anses å innebære en direkte forpliktelse for medlemsstatene, og om det representerer noe mer enn en påpeking av hensyn som ligger til grunn for kravet. Det materielle innhold i formuleringen synes å være at det både er i forbrukernes og i den sunne

konkurranses interesse at det finnes midler for effektive inngrep mot urimelige vilkår, og at man i nasjonal lovgivning skal tilse at dette ivaretas på tilstrekkelig måte.”¹⁴⁸

Etter mfl. § 22 kan urimelige avtalevilkår forbys når dette tilsies av ”allmenne hensyn”. I følge forarbeidene innebærer dette først og fremst at man ikke skal gripe inn overfor vilkår med mindre det må antas at vilkåret vil bli benyttet overfor flere medkontrahtenter, typisk i standardkontrakter. Vilkår i individuelt utformede avtaler kan forbys dersom det må antas at vilkårene vil bli gjentatt i noe omfang. I den grad direktivtekstens formulering ”i forbrukernes og konkurrenternes interesse” i det hele tatt kan anses som krav til premisser for inngrep som skal tas inn i nasjonal lovgivning, må dette uansett anses dekket av den videre formuleringen i mfl. § 22.¹⁴⁹

Departementet uttaler i forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 at det ”må antas at vilkåret om ”allmenne hensyn” etter markedsføringsloven § 9 a ikke innebærer noen snevrere adgang til å gripe inn overfor urimelige kontraktsvilkår enn det som foreskrives etter direktivet.”¹⁵⁰ Jeg anser det tvilsomt at formuleringen ”i forbrukernes og konkurrenternes interesse” vil anses som krav til lovgivningen, men dersom dette er tilfelle vil adgangen til å gripe inn overfor urimelige kontraktsvilkår etter mfl. § 22 måtte snevres inn for å tilfredsstille Norges forpliktelser, da direktivforslaget er et totalharmoniseringsdirektiv.

Etter artikkel 38 nr. 1 skal det videre foreligge ”egnede og effektive midler” for å bringe anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår til opphør.

Etter markedsføringsloven kapittel 7, har Markedsrådet og Forbrukerombudet kompetanse til å håndheve mfl. § 22. Etter forarbeidene kan det imidlertid trolig også reises sivil sak for

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 13.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 13.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 13.

å få fastslått om ett eller flere avtalevilkår er i strid med mfl. § 9 a.¹⁵¹ Høyesterett fastslo i Rt. 2006 side 1348 at Markedsrådet har adgang til å vurdere om et vilkår er ”urimelig” etter mfl. § 9 a, men at domstolene har full kompetanse til å prøve denne urimelighetsvurderingen. Resultatet i saker etter markedsføringsloven, vil imidlertid være et moment i en konkret tvist ved en urimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36.¹⁵²

Ifølge mfl. § 39 bokstav a har Markedsrådet kompetanse til å nedlegge forbud mot fremtidig bruk av vilkår som er i strid med mfl. § 22. I den nye markedsføringsloven har dessuten Markedsrådet fått kompetanse til å gi påbud etter § 41 dersom det finnes nødvendig for å sikre at et forbud overholdes, jfr. § 39 bokstav b. Forbrukerombudet, men også enkeltpersoner eller sammenslutninger har adgang til å innbringe saker vedrørende § 22 for Markedsrådet, jfr mfl. § 38 første ledd.

Markedsføringsloven § 22 gir markedsmyndighetene (Forbrukerombudet og markedsrådet) en kompetanse til å føre kontroll med bruken av standardvilkår som anvendes mellom næringsdrivende og forbrukere på eget initiativ. Markedsmyndighetene søker å få avtalevilkår som virker urimelig, revidert ved å oppta forhandlinger med den eller de næringsdrivende som bruker dem, jfr. § 35. Dersom forhandlingene ikke leder til en tilfredsstillende løsning, kan markedsmyndighetene imidlertid treffe enkeltvedtak om at vilkårene er urimelige, og at fremtidig bruk av dem er forbudt, jfr. § 40.¹⁵³

Etter mfl. § 37 annet ledd kan Forbrukerombudet treffe vedtak om forbud dersom ombudet anser avtalevilkåret i det vesentlige identisk med et vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot. Forbrukerombudet kan dessuten også treffe et vedtak om forbud, påbud, eller tvangsmulkt, dersom ombudet antar at det vil medføre ulempe eller skadevirkninger å avvente Markedsrådets vedtak, jfr. § 37 første ledd.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 13.

¹⁵² Nergård (2009) note (*).

¹⁵³ Woxholth (2003) side 369.

Et forbudsvedtak innebærer en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling, og et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen.¹⁵⁴ I vedtaket skal det som hovedregel fastsettes en tvangsmulkt som skal betales dersom vedtaket overtres, jfr. § 42. Fortsatt bruk av avtalevilkår som har blitt forbudt av Markedsmyndighetene, vil etter § 48 være straffbart.

I forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 er det uttalt at markedsføringslovens regelverk totalt sett må anses tilfredsstillende i forhold til direktivets krav i artikkel 7 nr. 1 om egnede og effektive midler for å bringe anvendelsen av urimelige avtalevilkår til opphør.¹⁵⁵ Ordlyden i direktiv 93/13 og direktivforslaget er nærmest identisk.

Markedsføringsloven som trådte i kraft den 1. juni 2009, er som nevnt tidligere hovedsakelig en videreføring av gjeldende rett, men Forbrukerombudets håndheving har blitt effektivisert på noen punkter,¹⁵⁶ sammenlignet med markedsføringsloven av 1972. Jeg antar derfor at en eventuell implementering av direktivforslaget ikke vil medføre endringer av markedsføringsloven på dette punkt.

4.9.3.2 **Kompetanse til å innbringe saker**

Kravene i artikkel 38 nr. 1 spesifiseres i nr. 2 som lyder: ”Navnlig kan personer eller organisationer, der ifølge national ret har en legitim interesse i at beskytte forbrukerne, indbringe en sag for retsmyndighederne eller de administrative myndigheder, således at disse kan afgøre, om kontraktvilkår, der er udarbejdet med henblik på generell anvendelse er urimelige.” Dette kravet innebærer i følge fortalen¹⁵⁷ at ”Personer eller organisationer der i henhold til national ret anses for at have en legitim interesse i at beskytte forbrugernes aftalemessige rettigheder, bør have mulighed for at indbringe sager enten for en

¹⁵⁴ Woxholth (2003) side 478.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 13.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008).

¹⁵⁷ COM (2008) 614 final, fortalens 57. betraktning.

retsmyndighet eller administrativ myndighet, der er kompetent til at træffe afgørelse om klager eller indlede passende retsprocedurer.”

Hovedproblemstillingen en eventuell implementering av denne artikkelen vil reise er hvorvidt markedsføringslovens regler tilfredsstiller direktivforslaget med hensyn til hvem som kan innbringe saker om hvorvidt kontraktsvilkår som er utarbeidet med henblikk på generell anvendelse, er urimelige.

Etter artikkelens ordlyd er det et krav til medlemsstatene om at det skal finnes bestemmelser som gir ”personer eller organisationer” mulighet til å reise sak, enten for ”retsmyndighetene eller de administrative myndigheter”, slik at de kan avgjøre hvorvidt kontraktsvilkår er urimelige. I følge forarbeidene til implementeringen av den tilsvarende artikkel 7 nr. 2 i direktiv 93/13 bør begrepet personer, i denne sammenheng, forstås som både fysiske og juridiske personer.¹⁵⁸

Artikkelen sier ikke noe om hvilke begrensninger som kan legges til grunn for adgangen til å prøve en sak. I forarbeidene til gjennomføringen av direktiv 93/13 har departementet lagt til grunn at dette ikke kan være noen hindring for regler om avvisning eller henleggelse av saker på et saklig grunnlag.¹⁵⁹

Forbrukerombudet kan i saker etter mfl. § 22 for det første ta opp saker på eget initiativ. Det foreligger imidlertid ingen formelle begrensninger med hensyn til hvem som kan anmode forbrukerombudet om å ta opp saker. Dersom forbrukerombudet ut i fra prioriteringshensyn velger å ikke foreta en realitetsvurdering, er det i praksis fastslått en klagerett til Markedsrådet.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 14.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 14.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 14.

Dersom Forbrukerombudet beslutter å ikke bringe en sak inn for Markedsrådet, kan saken innbringes av en ”næringsdrivende eller forbruker som berøres av handlingen eller vilkåret, eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere”, jfr. mfl. § 38 første ledd.

Vilkåret ”berøres av handlingen” ble drøftet av Markedsrådet i en sak (9/80), hvor en forbruker hevdet at det var villedende å markedsføre Forbrukerrapporten som ”uavhengig av myndighetene”. Markedsrådet kom her til at vilkåret ikke var oppfylt. Denne praksisen vil trolig kunne opprettholdes selv om direktivforslaget blir vedtatt, da dette nok må anses som avvisning på saklig grunnlag.

Jeg vil etter dette anse det trolig at markedsføringsloven må anses å tilfredsstille de krav som følger av artikkel 38 nr. 2.

4.9.3.3 Har rettsmyndighetene eller forvaltningsmyndighetene ”egne og effektive midler” for å sikre at anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår opphører?

Etter artikkel 38 nr. 3 skal medlemsstatene sette ”rettsmyndighetene eller administrative myndigheter i stand til å anvende egne og effektive midler, som sikrer, at erhvervsdrivende bringer anvendelsen af sådanne kontraktsvilkår til ophør.” Direktiv 93/13 artikkel 7 nr. 2 stiller også et slikt krav.

I denne artikkelen stilles det krav om at medlemsstatene skal sette rettsmyndighetene eller forvaltningsmyndigheter i stand til å anvende ”egne og effektive midler” for å bringe anvendelsen av urimelige kontraktsvilkår til opphør. De samme momenter som ble nevnt under drøftelsen av denne formuleringen i punkt 4.9.3.1, vil også kunne gjøres gjeldende her. Jeg anser det som nevnt i punkt 4.9.3.1 trolig at markedsføringslovens regelverk totalt sett vil tilfredsstille dette kravet, slik at en vedtagelse av direktivforslaget ikke vil medføre endringer av gjeldende rett på dette punkt.

4.9.3.4 Hvem skal kunne saksøkes?

Etter artikkel 38 nr. 4 er det et krav om at medlemsstatene skal sikre ”at de sager, som er omhandlet i stk. 2 og 3, under overholdelse af national retsplejelovgivning enten kan indbringes mod hver enkelt erhvervsdrivende eller samlet mod flere erhvervsdrivende inden for samme erhvervssektor eller sammenslutning heraf, der anvender eller opfordrer til anvendelse af de samme generelle kontraktvilkår eller lignende vilkår.”

Artikkelens ordlyd stiller således krav til hvem som skal kunne saksøkes eller være motpart i saker etter artikkel 38 nr. 2 og 3. Dette er hver enkelt næringsdrivende, flere næringsdrivende innenfor samme bransje, eller en sammenslutning av næringsdrivende, dersom disse anvender eller oppfordrer til anvendelse av de samme generelle kontraktvilkårene eller lignende vilkår.

Etter mfl. § 34 første ledd er det Forbrukerombudet som skal føre tilsyn med at mfl. § 22 overholdes, og etter § 35 første ledd skal forbrukerombudet søke å påvirke næringsdrivende til å innrette seg etter § 22, herunder ved å føre forhandlinger med de næringsdrivende eller deres organisasjoner. Forbrukerombudet kan altså innlede saker overfor både en enkelt næringsdrivende og en sammenslutning av næringsdrivende.

Etter mfl. § 38 behandler Markedsrådet saker som det forelegges av Forbrukerombudet. Dersom forbrukerombudet beslutter å ikke bringe en sak inn for Markedsrådet, kan den imidlertid bringes inn av en ”næringsdrivende eller forbruker som berøres av handlingen eller vilkåret, eller av en sammenslutning av næringsdrivende, forbrukere eller lønnstakere”, jfr. § 38 annet punktum. Markedsføringslovens regler oppfyller således trolig direktivforslagets krav til hvem som skal kunne saksøkes eller være motpart etter artikkel 38 nr. 4.

En avgjørelse av Forbrukerombudet eller i Markedsrådet mot en sammenslutning vil imidlertid normalt ikke ha direkte bindende virkning for de enkelte medlemmer, da deres vedtak er enkeltvedtak jfr. § 39. Etter artikkel 38 nr. 4 synes det heller ikke som om det er

noe krav om dette. Hvis et enkelt medlem i en sammenslutning skulle gjøre bruk av et avtalevilkår som Markedsrådet tidligere har forbudt, vil det dessuten være mulig å ta opp sak enten for Forbrukerombudet eller Markedsrådet mot dette medlemmet.¹⁶¹

På dette grunnlag anser jeg det trolig at markedsføringslovens regler vil være tilfredsstillende i forhold til direktivforslagets krav.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), vedlegg 2, punkt 15.

5 Konklusjon

Som nevnt innledningsvis har direktivforslaget møtt sterk motstand, og vært svært kontroversielt. Ved første øyekast er direktivforslagets kapittel V nærmest identisk med direktiv 93/13. For urimelige avtalevilkårs vedkommende kan direktivforslaget således virkelig sies å innebære en totalharmonisering på minimumsnivå. Det er etter min oppfatning oppsiktsvekkende nok i seg selv at Kommisjonen ønsker å gjøre det tidligere minimumsnivå til maksimumsnivå sett i forhold til EFT artikkel 153. En slik totalharmonisering på minimumsnivå tilsier nærmest i seg selv at norske forbrukere vil lide store rettstap.

Som analysen overfor har vist vil direktivforslaget trolig føre til viktige endringer i gjeldende norske forbrukervernregler, spesielt i forhold til avtalelovens urimelighetsstandard. For det første vil nok ”senere inntrådte forhold” ikke lenger kunne legges til grunn ved urimelighetsvurderingen. Dette vil medføre at rettsanvenderen ikke lenger vil kunne ta hensyn til at avtalen har fått en uventet og svært ugunstig utvikling. For det andre vil nok rimelighetsvurderingen som skal foretas etter § 36, måtte foretas ut i fra hvordan situasjonen var på tidspunktet for avtalens inngåelse. Dette vil medføre at rimelighetsvurderingen ikke lenger vil kunne ta hensyn til endringer i rettsoppfatningen som har skjedd i tiden mellom inngåelsen- og oppfyllelsen av avtalen. For det tredje vil nok revisjonsadgangen etter avtl. § 36 ikke kunne opprettholdes, slik at domstolene ikke lenger vil ha mulighet til å finne den rimeligste løsning på den foreliggende tvisten. Sist men ikke minst, er det som nevnt i punkt 4.5.6 usikkert om en slik generell formuerettslig lempningsregel vil kunne opprettholdes i det hele tatt. Totalt sett vil dette trolig innebære at en forbruker i mange tilfeller vil være dårligere stilt enn en næringsdrivende i forhold til urimelige avtalevilkår, noe som nok må sies å harmonisere dårlig med den alminnelige rettsoppfatning. Vi vil da kanskje få oppleve at partene i en tvist vil argumentere for at de ikke er forbrukere i direktivforslagets forstand (og dermed fortsatt er beskyttet), eller at

vilkårene i avtalen har vært gjenstand for forhandling, slik at avtalevilkårene ikke omfattes av anvendelsesområdet til direktivforslaget.¹⁶² Avtaleloven § 36 må ses som et viktig ledd i forbrukervernet,¹⁶³ og disse endringene vil nok utvilsomt medføre at forbrukerens rettstilling vil svekkes.

Selv om en endring av urimelighetsstandarden i avtl. § 36 vil være uheldig for forbrukeren, kan det nok ikke sammenlignes med konsekvensene en endring av markedsføringslovens urimelighetsstandard, slik at det skal mer til for å anse et avtalevilkår urimelig enn i dag, vil kunne ha for forbrukervernet. Dette vil utvilsomt være en meget stor ulempe for forbrukerne, da markedsføringsloven klart har størst praktisk betydning for den enkelte forbruker i forhold til sensur av avtalevilkår.¹⁶⁴

Slik jeg ser det, er den eneste fordelen direktivforslaget eventuelt vil medføre av reell betydning for forbrukervernet, en innføring av de sorte- og grå-listene. En implementering av disse listene vil nok føre til at bruken av disse kontraktsvilkårene i stor grad opphører, og på denne måten kunne forebygge konflikter.

Til tross for at en innføring av listene vil kunne medføre store fordeler for forbrukerne, mener jeg at direktivforslagets kapittel V sett som helhet, utvilsomt vil føre til en betraktelig reduksjon i forbrukervernet for norske forbrukere, sett i forhold til hvordan situasjonen er i dag. Kritikken som ble anført innledningsvis i forhold til nivået for forbrukervernet i direktivforslaget synes således berettiget for norske forbrukeres vedkommende. Da Kommisjonens påstand om at mange virksomheter ikke ønsker å selge til forbrukere på tvers av grensene på grunn av den oppsplittede lovgivningen som nevnt innledningsvis er dårlig underbygget, må det sies å være svært usikkert om forbrukerne vil oppnå de tilsiktede fordelene ved det indre marked i form av større tilbud og lavere priser,

¹⁶² Howells (2009) side 60

¹⁶³ Hagstrøm (2003) side 290.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994), punkt 6.

dersom direktivforslaget skulle bli vedtatt. For norske forbrukeres del tror jeg dessuten at tollgrensen på 200 kr, er en stor barriere for handel over grensene.

Direktivforslaget kan etter mitt syn tidvis virke uferdig og lite gjennomtenkt, spesielt i forhold til de totale konsekvensene en totalharmonisering kan medføre, i forhold til den nasjonale rett og kontraktsretten mer generelt. Dette synspunkt er også støttet i teorien: “As the Draft stands now, full harmonisation would cause enormous trouble to the Member States’ laws, because the Draft mainly contains incomplete rules.”¹⁶⁵ En eventuell gjennomføring av direktivforslaget vil derfor trolig medføre en usikker og uavklart rettsstilling.

Kommisjonen har som nevnt innledningsvis utsatt behandlingen av direktivforslaget, og tatt i betraktning den omfattende kritikken forslaget har vært utsatt for, anser jeg det meget trolig at en endring av direktivforslaget vil være aktuelt. Som antydning i teorien tror jeg Kommisjonen vil måtte foreta en mer differensiert tilnærming til harmoniseringen, med utgangspunkt i hva som faktisk utgjør en hindring for den grenseoverskridende handelen: “the Comission could, and indeed should, have made proposals on making the *acquis* more consistent and limiting Member State discretion in some clearly defined areas. This would have suggested a choice of more differentiated approach to harmonization: minimal harmonization as the rule – which would comply with Article 153(5) EC; full harmonization in expressly defined “targeted” areas where indeed there is uncertainty and a need to avoid unnecessary transaction costs to business, which are not in the consumer interest”¹⁶⁶.

Dersom direktivforslaget mot formodning skulle bli vedtatt slik det står i dag, vil jeg konkludere med at forslaget i forhold til urimelige avtalevilkår, utvilsomt vil medføre at norske forbrukeres rettsstilling svekkes.

¹⁶⁵ Howells (2009) side 43.

¹⁶⁶ Micklitz og Reich (2009) side 478.

6 Register

6.1 Lovregister:

Norske lover:

- | | |
|------|---|
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4 |
| 1935 | Lov om tinglysning (tinglysingsloven) av 7. juni 1935 nr. 2 |
| 1961 | Lov om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova) av 3. februar 1961 |
| 1972 | Lov om arv m.m. (arvelova) av 3. mars 1972 nr. 5 |
| 1972 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16. juni nr. 47 (opphevet) |
| 1992 | Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93 |
| 1992 | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109. |

- 1992 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 27. november 1992 nr. 109
- 1993 Lov om pristiltak (pristiltaksloven) av 11. juni 1993 nr. 66
- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46
- 2009 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2

6.2 EU-dokumenter:

Forarbeider:

COM(2008) 614 final

Traktater:

Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap (EFT)

Direktiver:

- | | |
|------------|---|
| 93/13/EØF | Om urimelige vilkår i forbrukeravtaler |
| 05/29/EF | Om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere |
| 85/577/EØF | Om avtaler inngått utenfor fast forretningssted |
| 97/7/EF | Om avtaler vedrørende fjernsalg |
| 1999/44/EF | Om forbrukerkjøp og garantier |

6.3 Forarbeider:

Norges offentlige utredninger:

NOU 1979: 32 Formuerettslig formuesregel.

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp nr. 5 (1982-1983)	Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m m (generell formuerettslig lempingsregel)
Ot.prp. nr. 89 (1993-1994)	Om lov om endring i avtaleloven.
Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)	Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår m.v. (markedsføringloven)

6.4 Domsregister:

Norsk Retstidende (Rt):

Rt. 1951 s. 976
Rt. 1961 s. 1024
Rt. 1979 s. 676
Rt. 1988 s. 276
Rt. 1988 s. 1078
Rt. 1990 s. 284
Rt. 1991 s. 147
Rt. 1998 s. 295
Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)
Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II)
Rt. 2006 s. 1348

EF-domstolen:

Sak C-237/02 Dom av 1. april 2004, *Freiburger Kommunalbauten v. Hofstetter*, ECR I-3403.

7 Litteraturliste

Juridisk litteratur:

EØS-rett. Fredrik Sejersted...[et.al]. 2.utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2004. ISBN 8215001270.

Hagstøm, Viggo. Obligasjonsrett. Viggo Hagstrøm, Magnus Aarbakke. Oslo: Universitetsforlaget, 2004. ISBN 8251840236.

Howells, Geraint. Modernising and Harmonising Consumer Contract Law. Edited by Geraint Howells and Reiner Schulze. München : Sellier, 2009. ISBN 978-3-86653-082-9.

Lilleholt, Kåre. Godtruerverv og kreditorvern. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 1999. ISBN 8200129519.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 5. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2003. ISBN 8205323887

Juridiske artikler:

Arnesen, Finn. *Om den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 109 (1996), s 884-904.

Lilleholt, Kåre. *Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights*. I: European Review of Private Law. Årg. 3 (2009), s. 335-343.

Micklitz, Hans-W. og Reich, Norbert. CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA: THE COMMISSION PROPOSAL FOR A "DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS". I: Common Market Law Review. Årg. 46 (2009), s. 471-519.

Whittaker, Simon. Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'. I: European Review of Contract Law. Nr. 3 (2009), s 223-248.

Nettdokumenter:

EEA EFTA Comment on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis (11.05.2007) [Sisert dato 03.11.2009] Tilgang:
<http://www.efta.int/content/eea/Comments/comments-05-08/11May07CommentGreenPaper-ConsumerAcquis.pdf>

Lange, Jon-Andreas. (2009) *Forbrukerrådets høringsuttalelse*. I: Regjeringen.no. [Sisert oktober 2009] Tilgang:
www.regjeringen.no/upload/JD/Høringsuttalelser/LOV/Forbrukerrettigheter/Forbrukerrådet.pdf

Lilleholt, Kåre. *Urimelige standardvilkår I Norden og Europa*. I: Håkonarmål (2005), s. 29-32. Tilgang: <https://bora.uib.no/handle/1956/1027>

Nergård, Gry. *Kommentar til markedsføringsloven*. Norsk lovkommentar nettversjon.
[Sitert november 2009]

Pamphiett, Kirsti. (2009) *Forbruker Europas høringsuttalelse*. I: Regjeringen.no. [Sitert oktober 2009] Tilgang:
www.regjeringen.no/upload/JD/Høringsuttalelser/LOV/Forbrukerrettigheter/Forbruker%20Europa.pdf

Avisartikler:

Valvik, Marita. Omstridt EU-direktiv blir utsatt. I: Aftenposten. Morgen, 02.02.2009, side 2-3

